أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

# المختلف بين أبي حنيفة والشافعي

تأليف
قاضي قضاة خراسان
وشيخ الحنفية الملقب بـ «إمام الإسلام»
أبي محمد الناصحي
عبد الله بن الحسين النيسابوري الخراساني الحنفي
(٤٤٧هـ)

تحقيق
د. بسام بن عبد السلام النصيري

الجزء الثالث

# المختلف

بين

# أبي حنيفة والشافعي

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت
*E-mail: s.faar16@gmail.com*
*Twitter: @sfaar16*

الإمام الذهبي

مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

# المختلف بين أبي حنيفة والشافعي

تأليف

قاضي قضاة خراسان
وشيخ الحنفية الملقب بـ «إمام الإسلام»
أبي محمد الناصحي
عبد الله بن الحسين النيسابوري الخراساني الحنفي
(٤٤٧ هـ)

تحقيق

د. بسام بن عبد السلام النصيري

الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتَاب الحجر

|٦٥٦| الحجر على الحر العاقل البالغ باطل غير أنه إذا كان مُبَذِّراً مُنِعَ منه ماله حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة، ويجوز تصرفه فيما لم يُدفع إليه من ماله، وهذا قول أبي حنيفة(١).

**وقال**(٢)(٣): يُحجر على الفاسق المبذر ماله فيما لا يحل من الملاهي، فإن بلغ فاسقًا وهو مصلح لماله حُجر عليه في أحد الوجهين(٤)، ولا يصير محجورًا حتى يحجر القاضي عليه(٥)، ولم يسبقه(٦) أحدٌ إلى شرط العدالة في جواز تصرفه(٧).

روي أن رجلًا من حضر موت ادعى على آخر أنه غلب على أرض له فقال ﷺ: «ألك بينة» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، فقال: إنه فاجر ليس يُبالي ما

---

(١) وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٧٨)، وتبيين الحقائق (٥/١٩٢ و١٩٥).

(٢) أي: الشافعي.

(٣) المشهور عن أبي حنيفة: أن الحجر على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة وعندهما ـ أي صاحبيه ـ يجوز بغير الفسق، وعند الشافعي يجوز بالكل كفاية. ينظر: تبيين الحقائق (٥/١٩٢)، وحاشية ابن عابدين (٦/١٤٧).

(٤) ينظر: منهاج الطالبين (ص: ١٢٤)، ونهاية المحتاج (٤/٣٦٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (٦/٣٥٨)، ونهاية المطلب (٦/٤٤٠).

(٦) أي: الشافعي.

(٧) ينظر: الأم (٣/٢١٥)، والحاوي (٨/٣٤٨)، وقال الجصاص: (قول لم يسبقه إليه أحد) أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٢١)، ولعل المؤلف وكذلك الجصاص توسعوا في هذه العبارة لأن هذا القول قد عزاه الماوردي لابن عباس، والحسن البصري. ينظر: الحاوي الكبير (٦/٣٣٩).

حلف، ليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك إلا ذلك»[1]، فلم يبطل خصومته لإقرار الخصم بأنه فاجر، ولم يجعله محجورًا عليه.

ولخبر حبان بن منقذ[2] وغيره.

ولأنه بقي ما يوجب الإطلاق ـ وهو العقل والحرية والبلوغ ـ فجاز تصرفه؛ دليله قبل الحجر عليه[3].

ولأنه يصح إقراره بالقصاص والحدود[4] الذي يؤدي إلىٰ تلف نفسه التي لأجلها يُحفظ عليه ماله، فأن يجوز بالمال الذي لا يسقط بالشبهة أولىٰ[5].

ولأن إحرامه بالحج وإنفاقه في تلك الجهة يصح[6]، وعقد يمينه يصح، والولي يُزوجه ويلزمه الضمان به، ولو طلق بعدما زوجه الولي صح ولزمه المهر، وقد يأتي ذلك علىٰ ماله، وكذلك لو ترك زراعة أرضه أو سقيها أو عمارة دوره لم يُجبر علىٰ الإنفاق، وإن كان فيه تَوىً[7] ماله فلا معنىً للحجر عليه إذًا[8]،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤١٦)، ومسلم (١٣٩).

(٢) ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٣١٨/١)، وأسد الغابة (٤٣٧/١).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢٨٤/٣)، وينظر: تبيين الحقائق (١٩٤/٥)، وبدائع الصنائع (١٦٩/٧)، والبحر الرائق (٩٤/٨).

(٤) ينظر: المبسوط (٨٩/٩)، وبدائع الصنائع (٢٤١/٣).

(٥) والفاسق أيضا يجوز قضاؤه كما تجوز شهادته، ولا ينبغي أن يولىٰ كما لا ينبغي أن يعمل بشهادته. ينظر: بدائع الصنائع (٢٧٠/٦)، والاختيار لتعليل المختار (٨٣/٢).

(٦) ينظر: التجريد (٢٩٣٧/٦)، وحاشية ابن عابدين (٤٨٧/٢).

(٧) تَوِيَ تَوًىٰ: هَلَكَ، والتَوىٰ مقصورٌ: هلاكُ المال. ينظر: الصحاح (٢٢٩٠/٦)، ولسان العرب (١٠٦/١٤).

(٨) ينظر: البناية شرح الهداية (١٠٠/٥)، والبحر الرائق (١٣٣/٣). ووجه الأولوية: أن الكافر=

والكفر أكبر المعاصي، فإذا لم يُحجر للكُفر لم يُحجر للفسق، ولو كان الفسقُ سبب الحجر استوىٰ الأصلي فيه والطارئ[1] كالجنون.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢][2].

❊ **قِيلَ**: هو ولي الدَّين[3] لا ولي السفيه، وقد جَّوز الله تعالىٰ مداننته بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وفيه بطلان مذهبه[4]، وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدًا﴾ [النساء: ٦] يقتضي رُشداً واحداً، والدِّين رشدٌ والعقل رُشدٌ، علىٰ أن الآية في دفع المال لا في التصرف[5].

وعثمان قال: كيف أحجر على رجلٍ شريكه الزبير، فلو كان يرى الحجر حقًّا لم يمتنع منه لشركة الزبير[6]، ولحجر علىٰ عبد الله بن جعفر بعد أن سأله عليٌّ.

---

= أشد سفها من الفاسق ومع ذلك يسلم إليه ماله إذا زال سبب الحجر عنه، فإذا سلم المال إلىٰ الأسفه وهو الكافر فأولىٰ أن يسلم إلىٰ السفيه وهو الفاسق.

(١) الفسق الأصلي بأن بلغ فاسقاً، والطارئ بعد البلوغ. ينظر: التجريد (٢٩٣٦/٦)، واللباب في شرح الكتاب (٧٥/٢).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٢٢٣/٣)، والشرح الكبير (٢٧٦/١٠).

(٣) ينظر: التجريد (٢٩٣١/٦)، والمعتصر من المختصر من مشكل الآثار (١٨/٢).

(٤) وقيل أيضا: إن استدلال الشافعي ليس بصحيح؛ لأن ما في أول الآية من مداينة من وصف في آخرها بالسفه يدفع ما قال، والمراد بالولي: ولي الدين للذي عليه الدين؛ بدليل قوله تعالىٰ: ﴿وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] لأن الذي يتولىٰ عليه لا يجر إلىٰ نفسه ببخسه شيئا غير أن المذهب في الحجر استعماله والحكم به حفظا للمال علىٰ من يملكه. ينظر: المعتصر من المختصر من مشكل الآثار (١٩/٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (١٧٠/٧)، التجريد (٢٩٢١/٦).

(٦) إنما قال ذلك؛ لأن الزبير ﷺ كان معروفا بالكياسة في التجارة، فاستدل برغبته في الشركة=

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الحجر على الصغير كان لما يُخاف عليه من تبذير ماله لنقصان عقله وقلة هدايته، فإذا بلغ فاسقًا قد تحقق ذلك المعنى فبقي الحجر(١).

۞ **قِيلَ**: الحجر على الصغير لصغره(٢)؛ بدليل أنه محجور عليه وإن لم يكن مُبذرًا ماله ولم يوصف بالفسق؛ ولذلك جاز تصرف وليه عليه(٣)، ولم يجز طلاقه(٤) ولم تنعقد يمينه(٥)، وبلوغه فاسقًا لا يُحقق الحجر في طلاقه ويمينه وحجه، فكذلك لا يحققه في تصرفه(٦).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: فما معنى منع المال منه مع جواز تصرفه(٧).

۞ **قِيلَ**: حفظًا عليه من استهلاكه وتبذيره بيده وتفريقه في وجوه الفساد(٨)، وقد يُحفظ عليه ويجوز فيه تصرفه(٩) كالغائب، واللقطة تُحفظ على صاحبها وينفذ فيها تصرفه، وإنما قدر أبو حنيفة ذلك بخمس وعشرين سنة استحسانًا(١٠)؛ لأنه إذا بلغ هذا السن فيجوز أن يلي ولده القضاء فَيَقْبُح أن يُمنع منه(١١).

---

= على أنه لا غبن في تصرفه. ينظر: المبسوط (٢٤/١٥٨)، وتبيين الحقائق (٥/١٩٣).

(١) ينظر: المهذب (٢/١٣٢)، ونهاية المطلب (٦/٤٣٨).

(٢) ينظر: التجريد (٦/٢٩٣٥)، والمبسوط (٢٤/١٥٨).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٥/١٩١)، والبحر الرائق (٨/٨٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٩٩)، ومجمع الأنهر (٢/٤٣٨).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١١)، والتجريد (١٢/٦٤٢٠).

(٦) ينظر: التجريد (٦/٢٩٣٦)، وحاشية ابن عابدين (٦/١٥٠).

(٧) ينظر: المهذب (٢/١٣٢)، ونهاية المطلب (٦/٤٣٨).

(٨) ينظر: التجريد (٦/٢٩٢٤).

(٩) ينظر: المبسوط (٢٤/١٥٨)، وبدائع الصنائع (٧/١٦٩).

(١٠) ينظر: التجريد (٦/٢٩٢٥)، وتبيين الحقائق (٥/١٩٥).

(١١) ينظر: البناية شرح الهداية (١١/٩٦)، شرح مختصر الطحاوي (٣/١٩١).

ولأنه يجوز أن يكون جَدًّا فقد أُيس[١] منه الرشد، فلو لم يدفع إليه ماله لمنعنا منه ماله أبدًا، فيبطل حقه من المال لحقه، وهذا لا يجوز.

وقد اختلف السلف فيه، فقدره بعضهم بثماني عشرة سنة[٢]، وبعضهم ثلاثين سنة[٣]، وقال أبو حنيفة: خمسًا وعشرين[٤]؛ لأنه يقال في اللغة: بلغ رُشديه إذا بلغ خمسين سنة[٥]، فإذا بلغ خمسًا وعشرين فقد بلغ رُشدًا[٦].

|٦٥٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا لم يحتلم الغلام وبلغ ثماني عشرة سنة حكم له بالبلوغ، وفي الجارية سبع عشرة في رواية ظاهرة عن أبي حنيفة[٧].

**وقال:** بخمس عشرة سنة، والغلام والجارية فيه سواء[٨].

(١) كذا في الأصل بالياء.
(٢) هو قول آخر لأبي حنيفة؛ قال: مدة البلوغ بالسن في الغلام ثماني عشرة سنة، وفي الجارية سبع عشرة سنة. وقال أبو يوسف ومحمد: في الغلام والجارية خمس عشرة سنة. ينظر: التجريد (٢٩٠٣/٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢٨١/٣)، وهو قول لابن عباس أيضا. ينظر: تفسير البغوي (١٩٥/٤)، وتفسير القرطبي (١٩٤/١٦).
(٣) وهو قول لابن عباس ومجاهد بن جبر. ينظر: تفسير الطبري (١١٣/٢٢)، والدر المنثور في التفسير بالمأثور (٣٩٧/٦).
(٤) ينظر: التجريد (٢٩٢٥/٦)، وتبيين الحقائق (١٩٥/٥).
(٥) ينظر: تفسير القرطبي (١٣٥/٧)، وتفسير الثعالبي (٢١٦/٥).
(٦) ولم أجد من نص على ذلك في كتب الحنفية ولا في كتب اللغة، إلا أن الشيرازي أشار في النكت إلى قول أبي حنيفة فقال: (قال أبو حنيفة: إذا بلغ خمسا وعشرين سلم إليه ماله... لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الإسراء: ٣٤]، والأشد: خمس وعشرون سنة، تقول العرب: بلغ فلان أشديه إذا بلغ الخمسين).
(٧) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٩٦).
(٨) أي: الشافعي. ينظر: الأم (٢٢٠/٣)، والحاوي الكبير (٣٤٢/٦)، وهو رواية عن أبي حنيفة=

لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «رُفع القلم عن ثلاث:... وعن الصبي حتىٰ يحتلم»(١) واتفقنا أنه إذا بلغ هذا السن أُجري عليه القلم وإن لم يحتلم(٢) فخص، فبقي الباقي علىٰ ظاهره.

وقد حدثنا أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد بن محمد بن عمر قال: حدثنا أحمد بن أبي عثمان الحِيري، حدثنا إبراهيم بن سعيد بن القشيري، حدثنا محمد بن القاسم، حدثنا أبو مقاتل، والنضر بن شُميل قال: حدثنا عوف بن أبي جميلة عن خلاس عن أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: رفع القلم عن ثلاثة: عن الغلام حتىٰ يحتلم ـ فلو لم يحتلم حتىٰ يكون ابن ثمان عشرة ـ وعن النائم حتىٰ يستيقظ وإن طلَّق في منامه لم يقع، وعن المجنون حتىٰ يصح، قيل: يا رسول الله، ومَن المجنون؟ قال: من أبلىٰ شبابه في معصية الله»(٣).

ولأن الجنين يبقىٰ في البطن ثمانية عشر شهرًا وله حكم الحياة، فجاز أن يقابل كل شهر سنة في الطفولية(٤)؛ دليله خمس عشرة سنة.

---

= وقول أبو يوسف ومحمد. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٨١)، وتبيين الحقائق (٥/٢٠٣).

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٠١)، والنسائي في الكبرىٰ (٧٣٠٣)، وقال الحاكم في المستدرك (٩٤٩): «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي». وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (١٢/١٢١): «سنده متصل لكن أعله النسائي بأن جرير بن حازم حدث بمصر بأحاديث غلط فيها».

(٢) ينظر: التجريد (٦/٣١٢٩)، والبناية شرح الهداية (١١/١١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ (١١٣٠٧)، وقال: «حديث طويل موضوع، ومحمد بن القاسم هذا كان معروفا بوضع الحديث».

(٤) لم يتضح لي وجه القياس، ولم أجد من ذكر هذا الدليل في كتب الحنفية.

ولأن بلوغ الجارية يتقدم بلوغ الغلام في العادة[١]، وقد قال المخالف[٢]: إنها تحيض بتسع سنين[٣]، ولا يلحق الولد بالمراهق إذا كان سنه أقل من عشرة فلا يجوز أن يسوىٰ بينهما[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي عن ابن عمر أنه قال: عُرضت علىٰ رسول الله ﷺ عام أُحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة، وعُرضت عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة[٥]، فدل علىٰ أن الحكم يتعلق بهذا السن[٦].

❁ **قِيلَ**: رده حين لم يستصلحه للحرب، وأجازه لما استصلحه[٧]، والدليل علىٰ أن الرد والإجازة لهذا المعنىٰ لا للبلوغ[٨] ما روي عن ابن عمر أنه قال: عُرضت علىٰ رسول الله ﷺ عام أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني وردَّ غلامًا في سني، قيل: إنه رامٍ فأجازه[٩].

---

(١) التسوية بين بلوغ الذكر والأنثىٰ خلاف العادة، لأن المعتاد أن بلوغ الجارية يتقدم، والعادة أمر مقطوع به، فإذا خالفه ما طريقه الظن لم يلتفت إليه. ينظر: التجريد (٦/٢٩٠٥).

(٢) أي: الشافعي.

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٢٩).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٨٦)، والمهذب (٣/٧٨).

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٦٤)، ومسلم (١٨٦٨).

(٦) ويدل عليه تمام حديث ابن عمر: قال نافع فقدمت علىٰ عمر بن عبد العزيز وهو خليفة، فحدثته هذا الحديث فقال: «إن هذا لحد بين الصغير والكبير، وكتب إلىٰ عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة». ينظر: الشرح الكبير (١٠/٢٧٧).

(٧) ينظر: التجريد (٦/٢٩٠٦)، والمبسوط (١٠/١٧).

(٨) قال السرخسي: (والمراد الإجازة في المقاتلين ليرضخ لهما لا ليسهم فقد ثبت أنه لا يستحق السهم إلا بعد البلوغ). ينظر: المبسوط (١٠/١٧).

(٩) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٥٦٩)، والضياء في الأحاديث المختارة (١٤٧٧).

وروي عن سَمُرة قال: كان النبي ﷺ يُعرض عليه غلمان الأنصار فعُرضت فردني وأجاز آخر، فقلتُ: لو صارعته لصرعته، فأمرني بذلك فصرعته فأجازني[1].

أو نقول: كانوا لا يعرضون على النبي ﷺ الأطفال، فدل على أنه كان بالغًا، غير أنه رده حين لم يستصلحه للحرب، وأجازه في المقاتلة حين استصلحه[2]، وما روي أنه قال: ردني ولم يرني بلغت[3][4]، أي: المبلغ الذي يَصلح للحرب إن صح هذا اللفظ[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: بلغ المبلغ الذي تصح منه العقود في الإسلام فصار كما لو

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٣٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٨١٠). وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي».

(٢) ينظر: التجريد (٦/٢٩٠٧و ٢٩٠٨)، والبناية شرح الهداية (١١/١١٢).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٧٢٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٢٩٩)، قال البيهقي: «قال ابن صاعد: في هذا الحديث حرف غريب، وهو قوله: (ولم يرني بلغت)». وهذه الزيادة أشار إليها ابن حجر في بلوغ المرام (ص: ٣٣٢)، رقم (٨٦٨)، وقال: «وصححها ابن خزيمة». والحديث أصله في الصحيحين بنحوه.

(٤) رد هذه الزيادة القدوري، فقال: إن هذا الخبر مداره على عبد الله بن عمر العمري، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، وقد ضعف مخالفونا عبد الله العمري في رواية: (أن النبي ﷺ جعل للفارس سهمين)، وصححوا خبره ههنا ورجعوا إليه في أصل من أصول الشريعة، وهو أعظم من مقدار السهم، فاعترضوا بخبره على القرآن والأخبار المتفق عليها. ثم هو خبر مضطرب؛ لأنه روى فيه: (أن ابن عمر عرض يوم بدر وله ثلاث عشرة سنة). ينظر: التجريد (٦/٢٩٠٧).

(٥) حديث ابن عمر رضي الله عنهما لا يدل على مدعاهم، لأن الإجازة للقتال حكمها منوط بإطاقته والقدرة عليه وإن إجازته ﷺ في الخمس عشرة لأنه رآه مطيقا للقتال ولم يكن مطيقا له قبل ذلك لا لأنه الحكم على البلوغ وعدمه. ويدل عليه ما روي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه في الحديث السابق. ينظر: المبسوط (٦/٥٤)، والبناية شرح الهداية (١١/١١٢).

بلغ ثماني عشرة سنة[١]، يقال: من هذا الجنس أنه لا يجوز إقراره في ماله إذا لم يؤنس رشده، فلا يحكم ببلوغه كما لو كان أربع عشرة سنة[٢].

|٦٥٨| **مَسْأَلَةٌ:** لا يتعلق حكم البلوغ بنبات العانة[٣].

**وقال:** يُحكم به في تمييز الذرية من المقاتِلة في المشركين[٤].

وهل يكون دليلًا على بلوغ الغلام المشرك؟ على قولين[٥]، فإن جعل دليلًا فيهم ففي المسلمين على وجهين.

لما روينا أن القلم مرفوع عنه حتى يحتلم، ولأن الشعر نماء من البدن على أصل الخلقة فأشبه السِّمَن.

ولأنه يختلف باختلاف المنبت فلا يُجعل دلالة على البلوغ[٦]، كما لو نبت في مكان آخر[٧].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي في حديث عطية القرظي: أن سعدًا لما حكم بأن يُقتل رجالهم وتُسبي ذراريهم، أمر النبي ﷺ أن يُنظر، فمن أنبت قتله، ومن لم يُنبت

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١٥/١٤)، والمهذب (١٣٠/٢).

(٢) ينظر: التجريد (٢٩١٤/٦)، والمبسوط (١٦٢/٢٤).

(٣) به يفتى، وهذا عندهما وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة. ينظر: التجريد (٢٩١٦/٦)، وتبيين الحقائق (٢٠٣/٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (٣١٤/٢)، ونهاية المطلب (٤٣٤/٦).

(٥) ينظر الابتهاج في شرح المنهاج ص: (٥٤٢)، أسنى المطالب (٢٠٧/٢).

(٦) ينظر: التجريد (٢٩١٦/٦)، والجوهرة النيرة (٢٤٥/١).

(٧) مثل: شعر الساق والإبط والشارب. ينظر: الجوهرة النيرة (٢٤٥/١)، وحاشية ابن عابدين (١٥٣/٦).

لم يقتله[1].

❁ قِيلَ: ينفرد به عطية، وكان ذلك من صبيان المشركين، فلا يثبت به مثل هذا الحكم الذي تعم البلوىٰ به[2]، ويحتمل أنه كان يستظهر به مع قوله: «بلغت» كي لا يقع إقدام علىٰ القتل بالشك، ولا يتعلق الحكم به وحده[3].

❁ فَإِنْ قِيلَ: هذا مما يقع للمراهق غالبًا ويستصحبه بالغًا فيحكم به في تمييز المقاتِلة كاللحية[4].

❁ قِيلَ: لا يحكم باللحية[5].

|٦٥٩| مَسْأَلَةٌ: إذا حجر القاضي علىٰ المشتري لإفلاسه كان البائع أسوة الغرماء بالثمن[6].

(١) ينظر: الشرح الكبير (٢٧٩/١٠)، والمجموع شرح المهذب (٣٥٩/١٣).
والحديث في الصحيحين عند غير عطية ﵁، أخرجه البخاري (٤١٢١)، ومسلم (١٧٦٩)، وأما حديث عطية الذي أشار إليه المؤلف فقد أخرجه أبو داود (٤٤٠٤)، والترمذي (١٥٨٤)، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) وقيل: إن عطية القرظي، قال عنه أصحاب الحديث: لا يعرف بالرواية. وقد اضطرب الخبر، فمرة يرويه عن نفسه، ومرة يرويه عن غيره، ومرة يرفعه إلىٰ النبي ﷺ. ينظر: التجريد (٢٩١٨/٦).

(٣) وقيل: لا حجة فيه للخصم؛ لأن أهل المغازي ذكروا أن سعدا حكم بذلك فيمن أنبت وروي أنه أمر بقتل من اخضر مئزره وهذا يزيد علىٰ الإنبات؛ لأن اخضرار الإزار يكون بنبات الشعر من السرة إلىٰ العانة. ينظر: التجريد (٢٩١٨/٦)، وتبيين الحقائق (٢٠٣/٥).

(٤) ينظر: المهذب (١٣٠/٢)، والمجموع شرح المهذب (٣٥٩/١٣).

(٥) ينظر: التجريد (٢٩١٦/٦)، وتبيين الحقائق (٢٠٣/٥).

(٦) ينظر: العناية شرح الهداية (٢٧٨/٩)، ومجمع الأنهر (٤٤٣/٢).

وقال: البائع أحق بعين ماله، يَفسخ العقد إن لم يكن خرج من ملكه[١]، فإن خرج من ملكه ثم عاد فعلىٰ وجهين، فإن كان قبض بعض ثمنه اختار الفسخ فيما بقي[٢].

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فوجب الإنظار[٣].

وروي أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه»[٤].

ولأنه زال ملكه بالبيع وانقطع حقه بالتسليم، ولم يفت التسليم في بدله فلم يكن له علىٰ العين سبيل؛ دليله قبل الإفلاس وسائر أملاك المشتري[٥].

ولأنه رضي بنقل حقه من العين إلىٰ الذمة، والمنقول إليه باقٍ فلم يكن له علىٰ العين سبيل؛ دليله قبل الإفلاس[٦].

ولا تلزم الحوالة؛ لأن في اللفظ احترازًا، والحق لم يسقط عن ذمة

---

(١) ينظر: الحاوي (٦/٢٦٦)، بحر المذهب (٥/٣٣٤).

(٢) ينظر: الحاوي (٦/٢٦٦)، ونهاية المطلب (٦/٣٠٣).

(٣) ينظر: المبسوط (١٣/١٩٨)، وتبيين الحقائق (٤/١٨١).

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٦٩٥)، والدارمي (٢٥٧٦)، وقال الهيثمي: «رواه أحمد وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين. وفيه علي بن زيد، وفيه كلام». ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (٣/٢٦٦).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية (٩/٢٧٨)، المبسوط (١٣/١٩٨).

(٦) مراده: أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد؛ لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير، وهو ليس بمستحق بالعقد، وإنما المستحق به وصف في الذمة: أعني الدين، والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير علىٰ البائع شرط من شروط عقده، فصار كما لو كان المشتري مليا. ينظر: العناية شرح الهداية (٧/٢٤٨).

المحيل، وإنما تحول للطلب[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[2]، وفي بعض الروايات: «ما لم يقبض من ثمنه شيئًا، فإن كان قد قبض فهو أسوة الغرماء»[3].

❁ **قِيلَ**: صاحب المتاع هو المشتري[4]، وقوله: «مات أو أفلس» إخبار عن ملك الحال لقطع ما يَعرض من الشبهة في عود حق البائع لتأخر حقه، وليس فيه تعليق الحكم به؛ يدل عليه ما روى ابن عمر عن النبي ﷺ في الرجل يُفلس فيجد متاعه، قال: «إذا وجد غريمه ماله فهو أحق به»[5] فجعل المفلس أحق به.

وروي أن النبي ﷺ قال: «أيما رجلٌ مات فالبائع أسوة الغرماء»[6]، أو نقول: البائع أحق به إذا كان قبل التسليم، أو كان المشتري قبضه بغير إذنه، أو كان الخيار له؛ إذ خياره يُبقي الشيء على ملكه فيطابق لفظ الحديث[7].

وقولنا: «أحق بالعين» يُنبئ عن اختصاصه بالعين مرة، واختصاصه بالثمن أخرى، ولا يجوز استدلالهم بمن باع عبدًا بجارية وسَلَّم العبد ولم يَقبِض الجارية

---

(١) ينظر: البحر الرائق (٦/٢٦٧)، وحاشية ابن عابدين (٦/٥٢٥).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٣/٢٠٣)، ونهاية المطلب (٦/٣٠٦).
والحديث أخرجه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٢٠)، وابن ماجه (٢٣٥٩).

(٤) ينظر: التجريد (٦/٢٨٧٣)، وبدائع الصنائع (٥/٢٥٢).

(٥) أخرجه أحمد (٨٩٩٥) من حديث أبي هريرة وأصله في الصحيحين، ولم أقف عليه من حديث ابن عمر.

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٥١٥٧). وإسناده صحيح.

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/١٦٥)، والبناية شرح الهداية (١١/١٢٩).

حتىٰ ماتت أو حدث بها عيب، فله فسخ العقد واسترداد العبد[١]؛ لأن موت الجارية يوجب فوت التسليم في البدل، وفوت التسليم في البدل يوجب بطلان البيع، وبطلان البيع يوجب رد المقبوض[٢]، وإفلاس المشتري وموته لا يوجب بطلان العقد، فلا يؤمر برد المبيع[٣]، ولم يفت التسليم في الثمن أيضًا، فلا يكون له العود في المبيع.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: تحقق الإفلاس بعوض المبيع يجعل للبائع حق الرجوع في عين ماله، ما لم يثبت لغيره فيه حق[٤]؛ دليله: لو أسلم إلىٰ رجل في شيء، فانقطع ذلك المسلم فيه عن أيدي الناس، ووجد المسلم عين ماله، كان له الرجوع فيه باختيار فسخ العقد[٥]، وكذلك السيد يفسخ الكتابة عند عجز المكاتب عن أداء المكاتبة[٦].

❊ **قِيلَ**: لم يتحقق إفلاسه؛ لأن المال غادٍ ورائح، فيجوز أن يصيب في

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (١٣/٤٥)، والشرح الكبير (٨/٣٢٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣ و٢٧ و٢٦٧)، وتبيين الحقائق (٤/١١٣).

(٣) قال القدوري: (قال أصحابنا: إذا دفع البائع السلعة إلىٰ المشتري فأفلس المشتري، فسخ البيع، وكذلك إن مات المشتري مفلسا فالبائع وسائر الغرماء في السلعة سواء). التجريد (٦/٢٨٦٩).

(٤) ينظر: الشرح الكبير (١٠/٢٤٤).

(٥) أي: لا نسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ، فإن المسلم فيه دين لا محالة، وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ.

(٦) أي: أن عقد البيع قد نقل ملك البائع عن العين المبيعة إلىٰ الثمن في الذمة؛ كما أن عقد الكتابة قد نقل ملك المشتري عن رقبة العبد إلىٰ ما حصل له في ذمته، فلما كان عجز المكاتب عما في ذمته موجبا لاسترجاع العين وجب أن يكون عجز المشتري عما في ذمته موجبا لاسترجاع العين، وتحريره: أنه نوع معاوضة ينتقل به حق المعاوض من عين إلىٰ ذمة فجاز أن يعود إلىٰ العين عند خراب الذمة كالكتابة. ينظر: مغني المحتاج (٣/١١٧).

كل حال مالًا[١]، ويبطل بإفلاسه قبل حجر القاضي، فإن قضاء القاضي لا يزيده إفلاسًا، على أن المُسْلَم فيه كالعين المعقود عليها، ففوت التسليم حال وجوبه يوجب له الخيار في فسخ العقد[٢]، سواء كان البدل الذي زال ملكه عنه باقيًا أو غير باقٍ، فلو كان إفلاس المشتري يوجب للبائع الفسخ لم يعتبر في وجوبه له بقاء ما زال ملكه عنه بحاله[٣]، فلما لم يجب له الخيار إذا لم يبق ما زال ملكه عنه، لم يجب له الخيار حال بقائه أيضًا.

|٦٦٠| **مَسْأَلَةٌ:** لا يجوز بيع العروض في الديون في قول أبي حنيفة[٤].

**وقال:** إذا امتنع من أدائه بنفسه باعها القاضي عليه[٥].

روي أن النبي ﷺ قال: «ليُّ الواجد ظُلْمٌ يحل عرضه وعقوبته»[٦]، وعقوبته: حبسه، ولو وجب بيع ماله لم يُحبس[٧].

ولأنها ليست من جنس حقه ولا في معناه فلم يستحقها فيه، فلا يقض

(١) ينظر: المبسوط (٢٠/٤٨)، وبدائع الصنائع (٢/٩).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٥٤).
(٣) ينظر: التجريد (٦/٢٨٦٩)، والمبسوط (١٣/١٩٧).
(٤) ينظر: المبسوط (٢٤/١٦٤)، المحيط البرهاني (٩/٥٢).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٣٣٢)، والأم (٣/٣٩).
(٦) أخرجه البخاري معلقا (٣/١١٨)، ووصله أبو داود (٣٦٢٨)، والنسائي (٤٦٨٩)، وابن ماجه (٢٤٢٧)، وقال الحافظ في الفتح (٥/٦٢)، «إسناده حسن».
(٧) لما في الحبس من الإضرار به وبالغرماء في تأخير وصول حقهم إليهم، وفي اتفاق العلماء على حبسه في الدين دليل على أنه ليس للقاضي ولاية بيع ماله في دينه. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٧٣)، والمبسوط (٢٤/١٦٤).

القاضي حقه منها[1]، كما لا يؤاجره فيقضي الدين من أجرته[2]، ولا من مهر أمهات أولاده، ولا من مهرها إذا كانت امرأة وعليها دين، وكما لا تباع عُروضه لقضاء كفاراته[3].

ولأنه عقد علىٰ غير جنس الأثمان يملكه بنفسه فلا يملك الحكم عليه بغير رضاه[4]؛ دليله ما ذكرنا.

ولأن هذا المعنىٰ لا يفيد الحاكم الولاية في الإجارة والنكاح فلا يفيده الولاية في ملكه الأعيان[5]؛ دليله خروجه إلىٰ الرستاق[6] بوجه وما شبهه، وعكسه الجنون والصغر، ولا يلزم علىٰ شيء مما ذكرنا بيع الدنانير؛ لأن القياس ألا تباع فلا نلتزمه، وقد احترزنا في كل علة عنه، ولا يلزم الأب يبيع عروض ابنه الغائب[7] للنفقة؛ لأن بيعه للحفظ لا للنفقة، ثم يجد جنس

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٥٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/١٨٩).

(٣) ومراده من ذلك: أن المال إذا كان من غير جنس دينه فلا يباع، كما أنه لا يحق للقاضي أن يؤاجره ثم يقضي الدين من الأجرة، ومثله لو كان الذي عليه الدين امرأة فلا يحق للقاضي أن يزوجها ويقضي الدين من مهرها فكذلك لا يحق له أن يبيع ماله إن كان من غير جنس الدين. ينظر: المبسوط (٢٤/١٦٤)، (٥/١٨٩و ١٩٨).

(٤) ينظر: التجريد (٦/٣٠٣٨)، وتبيين الحقائق (٣/٣١٨).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٣/١٦١).

(٦) الرستاق: كل موضع فيه مزارع وقرىً، ولا يقال ذلك للمدن كفهو عند الفرس بمنزلة السواد عند أهل بغداد، ويستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم. ينظر: معجم البلدان (١/٣٨)، ومختار الصحاح (ص: ١٢٢).

(٧) قال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيع الأب علىٰ ابنه الكبير الغائب في العقار، كما لا يجوز بيع غيره والقياس ما قالا؛ لأن ولاية الأب قد زالت ببلوغ الصبي عن عقل فيكون هو في بيع أمواله كغيره يدل عليه أن النفقة لا تكون أوجب من سائر الديون وليس للأب بيع شيء من متاع ولده=

حقه فيستوفيه به[1].

ولا يصح استدلالهم[2] بما روي في حديث عمر في حديث أسيفع هينة[3]، لجواز أن يكون أسيفع ميتاً[4]؛ يدل عليه أنه دعا إلى بيع ماله من غير طلب الغرام، ولا استحضار أُسيفع وظهور امتناعه، وهذا حكم الميت، ومعنى ما روي عنه ﷺ أنه باع على معاذ ماله[5]، أي: باع له، ويجوز أن يُبدل (على) عن (له)، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ﴾ [غافر: ٥٢] أي: عليهم، فأبدل (له) عن (على)، فكذلك يُبدل (هذا) عن (ذاك)، إذ لا يُظن بمعاذ أنه يمتنع من بيع ماله، ويخالف النبي ﷺ في أمره، على أنا نُضمِر الرضا كما يُضمِر هو الامتناع[6].

❊ فَإِنْ قِيلَ: هو بالامتناع من بيع العَرض ظالم، وإذا امتنعوا عن التناصف انتصف السلطان عنهم، فوجب أن يبيع كما يبيع الدنانير[7].

= في دين له عليه ولا يقضي القاضي بذلك أيضا لما فيه من القضاء على الغائب. ينظر: المبسوط (٢٢٦/٥)، والجوهرة النيرة (٩٤/٢).

(١) استحسن أبو حنيفة فقال: ولاية الأب وإن زالت بالبلوغ ولكن بقي أثرها. ينظر: المبسوط (٢٢٦/٥)، وتبيين الحقائق (٦٥/٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٤/٦)، والمهذب (١١٢/٢).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٨)، وعنه البيهقي في السنن الكبرى (١١٢٦٥)، وقال ابن حجر في المطالب العالية (٦٢٠/١١)، رقم (٢٦٣١): «هذا موقوف صحيح».

(٤) ينظر: التجريد (٦٥٥٩/١٢).

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك (٥١٩٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٢٦١)، قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. وافقه الذهبي»، وقال عبد الحق في الأحكام الوسطى (٢٨٧/٣): «المرسل أصح».

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٩٦/٢).

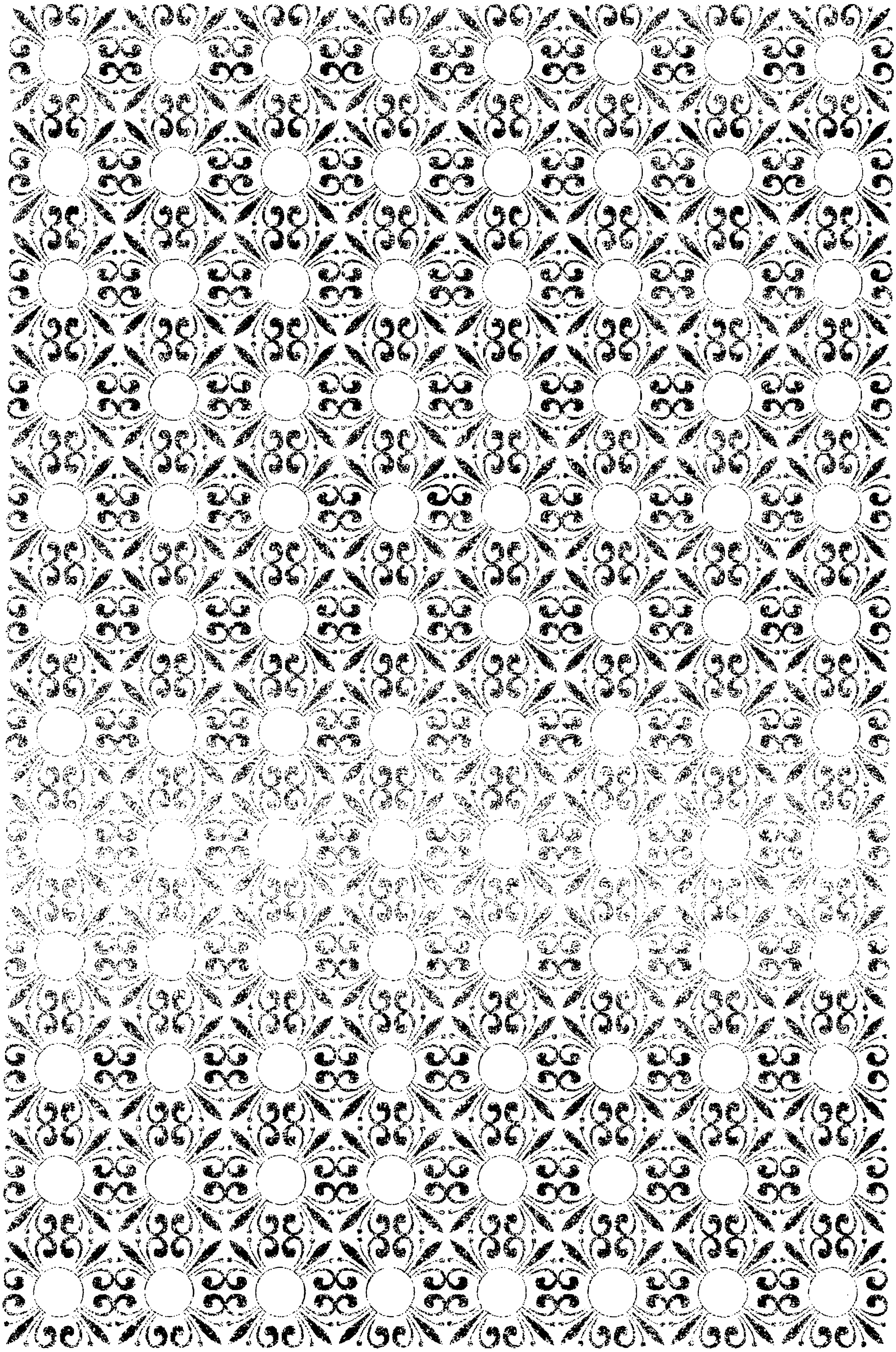
(٧) ينظر: الأم للشافعي (١١١/٥)، والحاوي الكبير (٣٠٩/٣).

۞ **قِيلَ**: انتصاف السلطان منه بحبسه ليقضيه هو بنفسه[1]، وهو بالامتناع من أداء الكفارة ظالم؛ إذ قلنا إن وجوبه على الفور، وكذلك في الزكاة، ثم القاضي لا يبيع عليه عرضه فيه، وأما الدراهم والدنانير فهي كالشيء الواحد في الحكم؛ لأنهما ثمن الأشياء وقيم المتلفات، ويُضم بعضها إلى بعض في الزكوات، فصار كما لو وجد جنس حقه[2]، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٧٣/٣)، والمبسوط (١٨٩/٥).

(٢) ينظر: التجريد (٤٠٤١/٨)، والجوهرة النيرة (٢٤٥/١).



# كتاب الوكالة

|٦٦١| تعليق الوكالة بالشرط جائز[١] مثل أن يقول: (إذا مال جداري فاهدمه)، أو (إذا استحصد زرعي فاحصده).

**وقال**[٢]: لا يجوز.

لأن هذا إذن في التصرف فصار كالوصية[٣]، ولو قال: (إذا متُّ فأنت وصيي) صح[٤].

ويدل على ذلك ما روي أن النبي ﷺ قال: «إن قُتل جعفر ففلان أميركم»[٥] أو نقول: هذه إباحة[٦]، وتعليق الإباحة[٧] بالشرط جائز[٨]، كما لو قال: (إذا جاء رأس الشهر فقد أبحت لك طعامي)، وقد قال المخالف[٩]: أنه لو قال: (إذا

---

(١) ينظر: التجريد (٦/٣١٢٣)، والمبسوط (١٩/٧).

(٢) أي: الشافعي.

(٣) بجامع أن كلا إذن في التصرف، أما الأصل فالوصية، وأما الفرع فالوكالة، ولما كان حكم الأصل صحة تعليقها على شرط، كان حكم الفرع كذلك فيجوز تعليق الوكالة على شرط أيضا لذلك. ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٢٤٩)، التجريد (٦/٣١٢٣).

(٤) الغرر البهية (٤/٥٠).

(٥) أخرجه البخاري (٤٢٦١).

(٦) ينظر: التجريد (٦/٣١٢٣)، وتبيين الحقائق (٥/١٤٨).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣٨)، والمحيط البرهاني (٦/١٣٤).

(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٤٣٩). وقال ابن الرفعة: (تعليق الإباحة على الشرط، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد أبحتك كذا، هل يجوز؟ فيه وجهان). كفاية النبيه (١٠/٢٢٧).

(٩) أي: الشافعي.

تزوجت بفلانة فقد وكلتك بطلاقها) لصح التوكيل[(١)]، فبطل ما قاله.

|٦٦٢| **مَسْأَلَةٌ:** لا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص من غير حضور الموكل[(٢)].

**وقال:** يجوز[(٣)].

لأن القصاص يُطلب فيه عين الشيء ولا يُقبل فيه ما يقوم مقام الغير[(٤)]، وهذا استيفاء أقيم مقام استيفاء.

ولا يجوز في القصاص في النفس، كما لا تُقبل فيه الشهادة علىٰ الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال[(٥)].

ولأنه يجوز أن يكون عفا فسقط القصاص والحد[(٦)]، ويصح وإن لم يبلغ الوكيل، فصار هذا يُقدِم علىٰ القصاص مع الشبهة وهذا لا يجوز، ولا يلزم جواز رجوع الشهود؛ لأنه لا يبطل القضاء بالقصاص في إحدىٰ الروايتين[(٧)].

---

(١) وقد ذكر هذا المثال ابن حجر ونص علىٰ جوازه معللا بقوله: (عملاً بعموم الإذن). تحفة المحتاج (٣١١/٥)، وينظر: الشرح الكبير (٢١٥/٥).

(٢) لأنها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل، بل هو الظاهر للندب الشرعي. ينظر: المبسوط (١٠٦/١٩)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١٣٦/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٥١٦/٦)، والمهذب (١٦٣/٢).

(٤) ينظر: المبسوط (١٠٦/١٩)، وتبيين الحقائق (٢٥٥/٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٧٧/٦)، والمبسوط (١٠٦/١٩)

(٦) ينظر: التجريد (٥٥٧٠/١١)، والمبسوط (١٧٤/٢٦).

(٧) وعلىٰ الرواية الأخرىٰ: الرجوع لا يصح إلا عند الحاكم. ينظر: التجريد (٥٥٧٠/١١)، البناية شرح الهداية (٢٢١/٩).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل حق ثبت له علىٰ غيره وصح أخذه بغيره جاز التوكيل بأخذه كحق المال(١).

❊ **قِيلَ**: لا يكون آخذًا القصاص بأخذ المال(٢)، ويبطل بالوكيل فلا يجوز له أن يوكل بقبض الدين الذي وُكل بقبضه(٣)، وليس إذا كان من حق الآدمي صح التوكيل به، كرأس مال السلم، والبدل في الصرف(٤) لو وكل بقبضه وغاب لم يجز.

|٦٦٣| **مَسْأَلَةٌ**: لا يصح التوكيل بالخصومة من الصحيح الحاضر في المصر إلا برضا خصمه(٥) في قول أبي حنيفة(٦).

**وقال**: يجوز(٧).

روي أن النبي ﷺ قال: «من وَلي القضاء بين اثنين فليسوِّ بينهما في

---

(١) حيث يجوز للوكيل استيفاؤه دون حضور الموكل، بجامع جواز استيفاء الوكيل مع حضور الموكل في كل من الأصل وهو حق المال والفرع وهو استيفاء القصاص. ينظر: الشرح الكبير للرافعي (٥/٢٠٩)، والمهذب (٢/١٦٣).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٨٩)، والتجريد (١١/٥٦٠٢).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (١١/٢٠٩ و٣٧٣)، ومختصر القدوري (ص: ١١٦).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١١/٣٠٤)، والمبسوط (١٢/٢٠٦).

(٥) أو كان لعذر كأن لو كان الموكل مريض أو غائب مدة السفر أو مريد للسفر أو كان الموكل امرأة مخدرة وهي التي ليس من عادتها البروز أما غير المحارم، أو كانت حائضا وكان القضاء في المسجد، وكذا لو كان الموكل محبوسا، ونحو ذلك من الأعذار، وخالف الصاحبان. ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٥٥)، البناية شرح الهداية (٩/٧٧).

(٦) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١١٥)، وبداية المبتدي (ص: ١٥٩).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٥٠٨)، البيان للعمراني (٦/٣٩٨)

المجلس والنظر»[١]، وليس من التسوية صون أحدهما وابتذال الآخر[٢].

ولأنه بالدعوىٰ توجه الحق عليه وهو الحضور والجواب، والناس يختلفون فيه[٣]، فإذا أراد أن يُحَوِّل ذلك الحق عن نفسه إلىٰ غيره من غير رضا خصمه لم يكن له ذلك، كما لو أراد أن يُحول الدين إلىٰ ذمة أخرىٰ[٤].

يدل علىٰ أن الناس يختلفون فيه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنكم تختصمون إليَّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من نار»[٥]، ولا يختلف الناس في التقاضي وقبض الدين وتسليم الشفعة؛ فلذلك لا يعتبر فيه رضا الخصم[٦].

ولأنه توجَّه عليه الحضور؛ لأن المدعي لو أمكن إحضاره وجب إحضاره، فكذلك إذا قدر هو علىٰ الحضور[٧]، والوكيل بحضوره يقضي واجب الحضور عن موكله فصار كالشاهد[٨]، ولو أراد الشاهد أن يقيم غيره مقامه في الأداء من

---

(١) أخرجه إسحاق بن راهويه (١٨٤٦) وأبو يعلىٰ الموصلي (٥٨٦٧)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٢٠٤٥٧)، وقال البيهقي (١٠/٢٢٩): «إسناد فيه ضعيف».

(٢) حيث إن أحدهما في سعة وراحة، والآخر مبتذل في مجلس الحكم، وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب في عهده إلىٰ أبي موسىٰ الأشعري رضي الله عنه: (آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك). ينظر: التجريد (٦/٣٠٦٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٣/٢٦٥).

(٣) فمنهم حاد الذهن، حاضر الجواب، سريع البديهة، ومنهم علىٰ الضد من ذلك. ينظر: المبسوط (١٩/٧)، والاختيار لتعليل المختار (٢/١٥٧).

(٤) ينظر: المبسوط (١٩/٧)، والاختيار لتعليل المختار (٢/١٦٨).

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٨٠)، ومسلم (١٧١٣).

(٦) وهذا جائز إجماعا، ينظر: المبسوط (١٩/٧٠)، وبدائع الصنائع (٦/١٦).

(٧) ينظر: المبسوط (١٧/٣٠)، وتبيين الحقائق (٤/٢٩١).

(٨) ينظر: التجريد (٦/٣٠٦٨).

غير عذر لم يجز[1]، كذلك هذا.

ولأن حق المدعي أن يجيبه ويجوز إقراره، وللقاضي أن يُبطل إقرار الوكيل[2] فلم يلزمه الرضا بدون حقه، كما لو قضاه دينه زُيوفًا[3][4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: نصبه وكيلًا في حق نفسه فجاز من غير رضا الخصم[5]، كما لو كان غائبًا أو مريضًا، أو وكله بطلب الخصم[6]، أو لأخذ الوديعة[7].

❁ **قِيلَ**: له فيه حق وعليه حق، وهو ما ذكرناه من الحضور والإجابة[8]، فقد نصبه في حق غيره فلم يجز، كالمودَع إذا استحفظ غيره[9]، ويبطل بمن وجب له قبض رأس مال السلم فوكل به[10]، والغائب والمريض لا يقدران على الحضور بأنفسهما فلهما أن يقيما غيرهما مقامهما[11]، ولا يدل على جواز ذلك مع القدرة، كما قلنا في الشاهد، وكذلك الرجل لا يقدر أن يَحوّل الطلب بالدين عن نفسه إلى غيره[12]، فلو تعذر ذلك بموته تحول ذلك إلى وارثه.

(١) كالصلاة والصوم وسائر العبادات. ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٣٨)، والاختيار لتعليل المختار (٢/١٤٩).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٩/٨٧)، والمبسوط (٢٥/١٥٥).

(٣) الزيوف: الرديئة. ينظر: مقاييس اللغة (٢/٤٢)، ولسان العرب (٩/١٤٢).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٤٢٦)، والمبسوط (١٢/٢١٠).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٥٠٨)، والتهذيب (٤/٢١٢).

(٦) ينظر: تحفة المحتاج (١٠/١٩٠).

(٧) ينظر: الحاوي (٦/٥٠٣)، والوسيط في المذهب (٤/٤٩٧)، وتحفة المحتاج (٥/٣١١).

(٨) ينظر: التجريد (٦/٣٠٦٨)، والمبسوط (١٩/٧).

(٩) فلا يجوز إلا برضا المودِع. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/٢٨).

(١٠) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٣٠)، وبدائع الصنائع (٦/٢٣).

(١١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٢٦٦)، والتجريد (٦/٣٠٦٣)، والمبسوط (١٩/٧).

(١٢) ينظر: التجريد (٦/٣٠٦٨).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ابتذال جاهِهِ إضرار به[١].

۞ **قِيلَ**: وصونه وابتذال صاحبه إضرار لصاحبه[٢].

وتوكيل علي بن أبي طالب عقيلًا[٣]، يدل علىٰ جواز نصبه في حقه، ولا يدل علىٰ جوازه في حق الخصم، ولم يرو أن الخصم لم يرض به فلا يُزاد في الخبر، علىٰ أن عليًا كان أعلم بالحجة، فالظاهر رضا الخصم بمن هو دونه[٤].

|٦٦٤| **مَسْأَلَةٌ**: إذا قال: (أنا وكيل فلان في قبض دينه منك) فصدقه، لزمه تسليمه إليه[٥].

**وقال**: لا يلزمه[٦].

لأنه مقرٌ بوجوب تسليم بعض ملكه إليه فلزمه، كما لو أقر له بدين، وليس كذلك الأعيان؛ لأنه يقر بوجوب تسليم ملك غيره؛ لأن العين التي يُسلمها ملك الغير[٧].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الغريم يقول: (لا آمن إنكار الموكل وكالتك فيلزمني ضمان

---

(١) ينظر: تحفة المحتاج (١٠/١٢٧)، ونهاية المحتاج إلىٰ شرح المنهاج (٨/٢٤٨).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٢٦٥)، والاختيار لتعليل المختار (٢/٨٦).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ (١١٤٣٧)، وصححه الزيلعي في نصب الراية (٤/٩٤)، وتبعه ابن حجر في الدراية (٢/١٧٤). وقال الألباني في إرواء الغليل (٥/٢٨٧)، رقم (١٤٦٥): «هذا سند ضعيف، ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه، وجهم بن أبي الجهم: مجهول».

(٤) ينظر الجواب عن حديث علي: التجريد (٦/٣٠٦٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢).

(٥) ينظر: المبسوط (١٩/١٧)، والمحيط البرهاني (٨/٣٥٢).

(٦) سواء كان المال عينا أو دينا. ينظر: أسنىٰ المطالب (٢/٢٨٦)، ونهاية المطلب (٧/٤٦).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٤٠٣)، واللباب في شرح الكتاب (٢/١٥٠).

المال) فله أن يصون ماله عن هذا الخطر[1].

❁ قِيلَ: هذا يبطل؛ لأنه لو قال: هذا العبد لك وفلان يدعيه وله به بينة، فإنه يلزمه تسليمه إليه مع وجود خطر الضمان[2].

|٦٦٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا وكل رجلين بطلاق أو عتاق فلأحدهما أن ينفرد بإيقاعه[3][4].

**وقال:** ليس له ذلك[5].

لأنه أمرهما بتنفيذ هذا القول فلا يخلو: إما أن يشتركا في اللفظ، أو يطلق أحدهما بشرط خيار الآخر، وفي الاشتراك في اللفظ إلغاؤه، وشرط الخيار في الطلاق لا يصح[6]، فكان لكل واحد أن ينفرد به[7]، كما لو وكل رجلين

---

(١) ينظر: التهذيب (٤/٢٢٩)، والشرح الكبير (٥/٢٧٠).

(٢) ينظر: المبسوط (١٨/٥١)، وتبيين الحقائق (٤/١٠٨).

(٣) ينظر: المبسوط (١٩/١٢٥)، والبحر الرائق (٧/١٧٥).

(٤) والضابط عند الحنفية كما جاء في الفتاوىٰ الهندية: (الأصل في جنس هذه المسائل أن كل تصرف يحتاج فيه إلىٰ رأي فإذا وكل به رجلين ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لا يجوز، وكل تصرف لا يحتاج فيه إلىٰ الرأي إذا وكل به رجلين ففعل أحدهما دون الآخر جاز) الفتاوىٰ الهندية (٣/٦٣٤)، وينظر: الجوهرة النيرة (١/٣٠٢)، واللباب في شرح الكتاب (٢/١٥٠).

(٥) إذا وكل وكيلين في طلاق زوجة واحدة، وجعل لكل واحد منهما أن يطلقها فأيهما طلق صح طلاقه، وأما إذا وكلهما في طلاق زوجة واحدة علىٰ الاجتماع فقال الشافعي ليس لأحدهما أن ينفرد به، وخالف أبو حنيفة. ينظر: الحاوي (١٠/١٧٩)، والمهذب (٢/١٦٧).

(٦) قال ابن نجيم: (فيقع طلاق شارط الخيار في باب الطلاق بعوض وبغيره لنفسه ولها إلا في مسألة وهي ما إذا شرط لها في الطلاق بعوض لكونه من جانبها معاوضة مال). ينظر: البحر الرائق (٣/٢٦٣).

(٧) ينظر: المبسوط (٦/١٤٣)، و(٢٤/٥٩)، وبدائع الصنائع (٣/١٤٥).

بالخصومة، فإن لأحدهما أن يخاصم[١]، أو جعل إلىٰ كل واحد منهما أن يطلق[٢].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: فوّض التصرف إلىٰ اثنين فلم يكن لأحدهما أن ينفرد به[٣]، كالبيع والشراء[٤].

❊ **قِيلَ**: لو وكل رجلين برد الوديعة فرد أحدهما جاز[٥]، وكذلك لو وكل اثنين باستيفاء القصاص علىٰ أصله فاستوفاه أحدهما جاز[٦]، علىٰ أن البيع يُحتاج فيه إلىٰ الرأي والاختيار[٧]، وقد رضي برأي اثنين فلم يكن لأحدهما أن ينفرد به[٨]، وهاهنا أمرهما بتنفيذ قولٌ لا يُحتاج فيه إلىٰ الرأي والاختيار، فكان لكل واحدٍ أن ينفرد به، وأما إذا قال: (بع هذا العبد بألف درهم) فللوكيل أن يبيعه بأكثر منه[٩]، فيُحتاج فيه إلىٰ الرأي والاختيار؛ فلذلك لا ينفرد به واحدٌ[١٠].

---

(١) قال السرخسي: (فإن وكل رجلين بالخصومة فلأحدهما أن يخاصم عندنا بدون محضر من الآخر خلافا لزفر لأن الخصومة يحتاج فيها إلىٰ الرأي، ورأي المثنىٰ لا يكون كرأي الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضا برأي أحدهما، كالوكيلين بالبيع). المبسوط (١٩/١١).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١١٦)، والعناية شرح الهداية (٨/٩٧).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٧/٣٤)، والبيان للعمراني (٨/٣٠٨).

(٤) قال الجويني: (إن وكل اثنين بالمخاصمة، فهل لأحدهما الانفراد؟ فيه وجهان عند الشافعية: فإن منعناه، لم يخاصم إلا بحضور صاحبه؛ إذ الغرض بذكرهما حضورهما للتشاور والتناصر، وكذلك الغرض من كل ما يفوض إلىٰ اثنين علىٰ الإطلاق، كالوكالة والوصاية، وسائر التصرفات). نهاية المطلب (٧/٣٤).

(٥) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١١٦)، والعناية شرح الهداية (٨/٩٧).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٥١).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٤١٢)، والمبسوط (٢١/٨٣).

(٨) ينظر: المبسوط (١٩/٣٢)، وبدائع الصنائع (٦/٣٢).

(٩) ينظر: الأصل للشيباني (١١/٣٠٤)، والمبسوط (١٩/٤٣).

(١٠) ينظر: المبسوط (١٩/٣٢)، وبدائع الصنائع (٦/٣٢).

|٦٦٦| **مَسْأَلَةٌ:** إقرار الوكيل علىٰ موكله جائز في مجلس القاضي في قول أبي حنيفة ومحمد[١].

**وقال:** لا يجوز عليه[٢].

لأنه وكله بالخصومة، والخصومة تشتمل علىٰ الإقرار والإنكار، ولو قال: (لا)، كان بإذنه، كذلك إذا قال: (نعم) وجب أن يكون بإذنه[٣]، فإن كان بإذنه جاز عليه؛ لأنه تدخله النيابة، والإقرار بالقصاص لا تدخله النيابة[٤]، فلا يجوز عليه وإن كان بإذنه[٥]، وأما الصلح والإبراء فليس من الخصومة؛ لأن القاضي لا يدعوه إليه، ويُجبره علىٰ الجواب بالإقرار أو الجحد.

ولأنه لو نص عليه وقال: (أَقِر عليَّ) جاز[٦]، يدل عليه أنه لو وكله بطلب

---

(١) ينظر: مجمع الأنهر (٢/٢٤٣)، والمبسوط (٢٦/٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٤)..

(٢) ينظر: التهذيب (٤/٢١٤)، والمجموع شرح المهذب (١٤/٩٥).

(٣) فإذا أقر علىٰ موكله دل أن الحق هو الإقرار، فينفذ علىٰ الموكل، كما إذا أقر علىٰ موكله وصدقه الموكل. ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٤).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٦/١٧٣)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٣٦).

(٥) وسبب إيراد هذه العبارة هو جواب علىٰ اعترض مقدر من المخالف، حيث اعترض الشافعية بأنكم ـ أيها الحنفية ـ تقولون أن الإقرار بالقصاص من الوكيل لا يقبل ـ سواء كان في مجلس الحكم أم في غيره ـ وإقرار الوكيل في الخصومة خارج مجلس الحكم لا يقبل، فإنا نقول: أن من لا يقبل إقراره في غير مجلس الحكم لم يقبل في مجلس الحكم كالوكيل في القصاص بجامع عدم قبول الإقرار في غير مجلس الحكم في كل من الأصل وهو الوكيل في القصاص، والفرع وهو الوكيل في الخصومة، ولما كان حكم الأصل بطلان إقرار فيه كان حكم الفرع كذلك، فلا يصح إقرار وكيل الخصومة كذلك. ينظر: المبسوط (١٩/١٠٦)، والفتاوىٰ الهندية (٣/٦١٧)، والبحر الرائق (٧/١٤٧).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٤)، والبحر الرائق (٧/١٨١).

ثمن المبيع فطلب به فإنه يكون مُقرًّا على البائع بالبيع[1]، وكذلك المرأة إذا وكلت بطلب مهرها فإن الوكيل يكون مقرًّا عليها بالنكاح ويجوز، فدخل في الخصومة فملكه الوكيل وصح منه[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الإقرار ترك الخصومة وضدها[3]، فأشبه الإبراء والصلح والإقرار في غير مجلس القاضي[4].

❁ **قِيلَ**: لا يكون الإقرار ضداً للخصومة وإنما تنتهي الخصومة إليه[5]، فهو كإقامة البينة واليمين[6]، وقد بينا أن الصلح والإبراء ليس من الخصومة، والإقرار جواب الدعوى فهو من الخصومة[7]، وقد وكله بالخصومات، والخصومات تختص بمجلس القضاة؛ بدليل سماع البينة والاستحلاف، فقبل أن يَحضره[8] لم يكن وكيلًا؛ فلذلك لم ينفذ إقراره على الموكل، ويخرج عن الوكالة[9]؛ لأنه يكون مكذبًا نفسه في الدعوى بعده، فلا يصل إليها[10].

(١) ينظر: ملتقى الأبحر (ص: ٣١٨)، ومجمع الأنهر (٢/٢٣١).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢١٤)، والمحيط البرهاني (٨/١٥٧).

(٣) لأنه يؤدي إلى خلاف مراد الموكل، وهو كسب حقه في التوكيل في الخصومة، فهو وكله بالخصومة. المبسوط (١٩/٥).

(٤) ينظر: البيان للعمراني (٦/٤١٤)، والمجموع شرح المهذب (١٤/١١٤).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٥٠)، والجوهرة النيرة (١/٣٠٩).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/١٦٥).

(٧) ينظر: التجريد (٦/٣٠٨٥)، والاختيار لتعليل المختار (٢/١٦٥).

(٨) أي: مجلس القاضي.

(٩) فيما لو أقر خارج مجلس الحكم. ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٤)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٥٠).

(١٠) ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال إلى الوكيل؛ لأنه لا يصح بعد ذلك للمناقضة؛ ولأنه زعم أنه مبطل في دعواه. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/١٦٥)، والمبسوط (١٩/٦).

|٦٦٧| **مَسْأَلَةٌ:** الوكيل بمسألة الخصم لا يجوز عزله[١].

**وقال:** يجوز[٢].

لأن حق الغير تعلق بهذه الوكالة[٣]، فإذا أراد إبطال حقه بغير رضاه لم يجز[٤]، كما لو أراد الراهن أن يعزل العدل عن الحفظ، أو يعزل الوكيل عن التسليم بعد البيع، فإنه لا يجوز[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** من صح منه عزل وكيله لم يحتج فيه إلىٰ رضا غيره، كالوكيل بالنكاح والطلاق[٦].

❁ **قِيلَ:** لم يتعلق حق الغير بهذه الوكالة[٧]، وثمة وجب للمدعي من الحق أن يقيم البينة علىٰ الوكيل فيقضىٰ له علىٰ الموكل فلم يقدر علىٰ إبطاله[٨].

|٦٦٨| **مَسْأَلَةٌ:** الوكيل يبقىٰ علىٰ وكالته ما لم يتصل العزل به[٩].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٢٨٦/٤)، ومجمع الأنهر (٢٤٦/٢).
(٢) ينظر: بحر المذهب (٣٧/٦)، والتهذيب (٢١٤/٤).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٢٨٦/٤)، ومجمع الأنهر (٢٤٦/٢).
(٤) لأنه الخصم إنما أخلىٰ سبيل خصمه اعتمادا علىٰ أنه يتمكن من إثبات حقه من الوكيل متىٰ شاء، فلو جاز عزله بدون محضر من الخصم بأن يعزل الموكل وكيله ويخفي شخصه فلا يتوصل الخصم إلىٰ إثبات حقه، فلمراعاة حق الخصم قالوا لا يتمكن من عزل الوكيل. ينظر: المبسوط (٦/١٩).
(٥) لتعلقه بحق الغير. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (١٦٣/٢)، وتبيين الحقائق (٢٨٦/٤).
(٦) ينظر: بحر المذهب (٣٧/٦)، وحاشية الجمل علىٰ شرح المنهج (٤٠٤/٣).
(٧) بالنكاح أو الطلاق. ينظر: تبيين الحقائق (٢٨٦/٤)، والبحر الرائق (١٨٧/٧).
(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٣٠١/٤)، والبحر الرائق (٢١١/٧).
(٩) وتصرفه جائز حتىٰ يعلم، ولو عزل الوكيل نفسه لا يجوز بدون علم الموكل. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٥٢/٣)، والعناية شرح الهداية (١٣٩/٨).

**وقال:** ينعزل بعزله وإن لم يبلغه[١].

لأن العقد تم بهما، ولكل واحد منهما فيه حق، فإذا أراد أحدهما أن ينفرد بالعزل بقوله لم يكن له ذلك[٢]، كالوكيل لو عزل نفسه[٣]، ولا يلزم عليه بيع الموكل وعتقه وموته وجنونه[٤]؛ لأنه ليس بعزل، ولكن يَسقط أمره به فيسقط أمر من يتصرف من قبله حكمًا[٥]، ويجوز أن يبطل من طريق الحكم[٦] وإن كان هو لا يقدر على إبطاله بقوله، كما لو باع عبدًا ثم مات قبل التسليم فإن العقد يبطل[٧]، ولو فسخ العقد بقوله لم ينفسخ.

ولأنه بالتوكيل سلطه على التصرف[٨]، فإذا أبطل ذلك بقوله وقف على علمه، كأوامر الله تعالى تبقى في حق المأمور إلى أن يتصل النسخ بها بدليل خبر أهل القباء[٩][١٠]، وقد سَبق النسخ وصوله إليهم، ولم يؤمروا بقضاء ما فعلوا،

(١) ويترتب على ذلك أنه لو تصرف ولم يعلم بالعزل وسلم ما وكل فيه إلى الغير فهل يكون ضامنا؟ كما هو مقتضى كلام الغزالي والشاشي وغيرهما. تنظر المسألة في: الشرح الكبير (٥/٢٥٤)، وجواهر العقود (١/١٥٨).

(٢) فلا ينعزل إلا بعلمه؛ لأن العزل نهي، والأحكام المتعلقة بالأمر والنهي لا يترتب الأثر عليها إلا بعد العلم. ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٨٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/٥٤٠).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٥٢)، وتبيين الحقائق (٤/٢٨٧).

(٤) ينظر: الجوهرة النيرة (١/٣٠٥)، والبناية شرح الهداية (٩/٣٠٩).

(٥) فالعزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم كما لو مات الموكل، أو وكل ببيع عبده ثم أخرج العبد عن ملكه قبل أن يبيعه الوكيل أو دبره أو كاتبه أو وهبه فإن الوكيل ينعزل علم أو لم يعلم. ينظر: المبسوط (١٩/٨٤)، والجوهرة النيرة (١/٣٠٤).

(٦) ينظر: البناية شرح الهداية (٩/٣٠٩)، والمبسوط (١٣/٤٧).

(٧) ينظر: التجريد (٥/٢٤٧٥)، والمبسوط (١٣/٤٧).

(٨) ينظر: التجريد (٦/٣٠٩٤)، والمبسوط (١٩/٤٩).

(٩) كذا في الأصل، ولعل الصواب: «قباء».

(١٠) أخرجه البخاري (٤٠٣)، ومسلم (٥٢٦).

والنسخ من قبل الله تعالىٰ[1]، ويبقىٰ المأمور علىٰ الأمر الأول إلىٰ أن يؤديه جبريل عليه السلام ويبلغه النبي ﷺ[2].

❊ فَإِنْ قِيلَ: استفاد التصرف بإذنه في حقه[3]، فإذا رجع عنه وهو من أهله لم يجز تصرفه بعده، كما لو بلغه العزل أو مات[4].

❁ قِيلَ: المودَعَ استفاد الحفظ من قبل المودِع[5]، ولا يصح عزله ما لم يبلغه[6]؛ لأنه أمين، ولو عزلناه أوجبنا عليه الضمان، فحفظ من غير علم منه بالنهي فلم يجز، كذلك الوكيل أمين فلا نوجب الضمان عليه بتصرفه فيما هو أمين فيه من غير علمه[7]، وأما المتفاوضان إذا وكل كل واحدٍ منهما صاحبه في أداء الزكاة ثم أداه أحدهما وأدىٰ الآخر بعده، فإن الثاني يضمن[8]؛ لأنه مأمور بأداء موصوف، وهو أن يكون المؤدَّىٰ زكاةً، وقد أدىٰ بغير تلك الصفة فيضمن، كما لو أمره بالبيع فوهب، وبأدائه يسقط أمره فهو كموت الموكِل، ويجوز ألا يُشترط رضاه، ويُشترط علمه[9]، كالنهي عن حفظ الوديعة والرد بالعيب.

وأما الموصي إذا عزل الوصي فلا نحفظ فيه رواية، وإن سلمنا فإن الحق

(١) ينظر: الواضح في أصول الفقه (٥/١٤٧).

(٢) الإحكام للآمدي (٣/١٦٨).

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٥/٥١٤).

(٤) ينظر: بحر المذهب (٦/٣٧)، وروضة الطالبين (٤/٣٣٠).

(٥) ينظر: التجريد (٦/٣٠٧٧)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٧)، وتبيين الحقائق (٥/٧٦).

(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢١٤).

(٧) ينظر: المبسوط (١١/١٦٧)، وبدائع الصنائع (٦/٣٤).

(٨) ينظر: البحر الرائق (٥/٢٠١)، وتبيين الحقائق (٣/٣٢٤).

(٩) ينظر: تبيين الحقائق (٤/١٨)، والعناية شرح الهداية (٦/٣١٤).

لا يجب بها إلا بعد الموت[١]، فكان له إبطالها قبله، كوكالة لم يوجد القبول فيها، وأما الكافر إذا أسلم فإن كان في دار الحرب لم تلزمه الصلاة حتى يسمع، وإن كان في دار الإسلام فكذلك القياس، وفي الاستحسان دار الإسلام لا تخلو من بلاغ يكون فيها؛ لأن المؤذنين يؤذنون فصار التفريط من جهته مع وجود البلاغ والإعلام، فلا يسقط عنه القضاء[٢].

|٦٦٩| **مَسْأَلَةٌ:** الوكيل بالبيع مطلقًا[٣] إذا باع بما لا يتغابن[٤] الناس فيه، أو بغير نقد البلد، أو بنسيئة، جاز في قول أبي حنيفة[٥].

**وقال:** لا يجوز شيء من ذلك[٦].

لأنه عم الإطلاق فلم يخص، وهذا يدخل في الاسم ولا تلحقه فيه تهمة فوجب أن يجوز، كما لو باعه بمثل ثمنه[٧]، أو قال: (بعه بما شئت)[٨]، ولا يلزم الوكيل بالشراء لا يشتري إلا بما يتغابن الناس فيه؛ لأن الشراء يقع مضمون

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٢٨١)، وتبيين الحقائق (٦/٢٠٦).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (٢/٢١٧)، وتبيين الحقائق (١/٣١٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٧)، وتبيين الحقائق (٤/٢٧٤).

(٤) الغبن الذي يردُّ به شرعا هو الغبن الفاحش، والإطلاق محمول عليه كلما ذكر في مجال الرد، والمراد بالغبن الفاحش أي: في عرف التجار، وإن اختلفت عبارات الفقهاء فإنها كلها تؤدي إلى هذا المعنى. والغبن نوعان: غبن يسير وغبن فاحش. ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٧٢)، والبحر الرائق (٧/١٦٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/٥).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٧ و١٤٩)، وتبيين الحقائق (٤/٢٧٤).

(٦) ينظر: نهاية المطلب (٧/٥٢٤)، و(١٣/٩٩).

(٧) يعني: بمثل القيمة.

(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٤١)، وتبيين الحقائق (٢/٢٢٦).

في ذمته(١) ، ثم يجب له الرجوع على الموكل به ، فإذا استوجب لنفسه زيادة رجوع على موكله لحقته التهمة(٢) ، فلم يجز عليه ، وهو لا يجر إلى نفسه ببيعه بأقل من قيمته نفعًا فلا تهمة .

ولأنه يوجب الحق في ذمة الموكل(٣) ، والذمة لم تُسّلم إليه ، فلا نقدر على إيجاب الحق فيها إلا بعين تُقابلُها ، والزيادة لا يُقابلُها عين فلم يجز ، وفي البيع سلطه على إيجاب الحق في العين فجاز(٤) .

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: إطلاق التوكيل بالمعاوضة لا ينتظم ما يلحق الموكل به غبن ظاهر(٥) ، كالتوكيل بالشراء(٦) .

❁ **قِيلَ**: إطلاق الله تعالى البيع للمخاطب ينتظم ما فيه غبن وما لا غبن فيه(٧) ، كذلك إطلاق المالك للغير ينتظمها ، وقد ذكرنا الفصل بين البيع والشراء ، وأيضًا فإن الأمر بالشراء يتعلق بملك الغير(٨) ، وإنما يجوز عليه حكمًا ، فصار كتصرف الأب والوصي ، وإنما لم يجز تصرف الأب والوصي(٩) بما لا

---

(١) ينظر: المبسوط (١٩/٣٦ و٣٧).

(٢) ينظر: التجريد (٦/٣٠٩٢)

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية (٨/٣٥) البناية شرح الهداية (٩/٢٤١).

(٤) ينظر: التجريد (٦/٣٠٩٤)

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٥٣٩)، والبيان للعمراني (٦/٤٣٣).

(٦) ينظر: نهاية المطلب (٧/٥٢٤).

(٧) وهو قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ، فوجب وقوعه على عموم اللفظ وهو عام في كل شيء، إلا ما قام دليله. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٨٨ و١١٠) بدائع الصنائع (٥/١٤٨).

(٨) ينظر: العناية شرح الهداية (٨/٨٦)، والبحر الرائق (٧/١٧٠)، ومجمع الأنهر (٢/٢٣٨).

(٩) تصرف الأب والوصي يختص بما فيه الحظ، لأنهما يتصرفان حكمًا، لا بأمر المالك،=

يتغابن الناس فيه ؛ لأن تصرفهما على جهة الاحتياط ولا احتياط فيه ، وتصرف الوكيل في ملكه بالأمر[1] ، وهذا يدخل في الاسم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: المحاباة بمنزلة الهبة في المرض ؛ بدليل أنها تكون من الثلث[2].

❁ **قِيلَ**: الهبة صريح تبرع لا تدخل في اسم البيع[3] ، والبيع بمحاباة يدخل في الاسم فجاز عليه ، كما لو قال: (بعه بما شئت)[4] فوهب لم يجز[5] ، ولو باع بغبن جاز[6].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: مطلق أمره ينصرف إلى المتعارف[7].

❁ **قِيلَ**: لو وكله بشراء عبد فالعرف أنه يريده للحرية ، فلو اشترى من يعتق على الموكل جاز[8] ، وكذلك لو اشترى له جارية لا يحل له وطؤها[9] ، أو باع

---

= وتصرف الوكيل يقع بالأمر ، فاعتبر عموم الأمر. ينظر: التجريد (٣٠٩٢/٦)، والمبسوط (٢١٤/١٢).

(١) ينظر: التجريد (٣٠٩٢/٦)، وبدائع الصنائع (١٥١/٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢٢/١٨)، والمهذب (٣٤٥/٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١١٥/٦).

(٤) ينظر: التجريد (٣٠٩٥/٦).

(٥) ينظر: المبسوط (١٥٦/٢٥).

(٦) ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه ، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافا لهما ، قالا: البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود ، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف فكان بمنزلة التبرع ، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث ، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود. ينظر: بداية المبتدي (ص: ٢٠٣)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢٨٧/٤).

(٧) ينظر: الاصطلام (١٥٠/٢).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٦٠/٥)، وقرة عين الأخيار (٤٣٠/٨).

(٩) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٨٦/٣)، والمبسوط (١٦٣/٢٢)، وبدائع الصنائع (٢٩/٦).

العبد بألف وهو يساوي ألفًا وقد طُلب بألفين فإنه يجوز[١]، وهو خلاف المتعارف، على أن البيع بغبن متعارف[٢]، فإنه لو حلف لا يبيع فباع بغبن حنث[٣]، والأيمان محمولة على التعارف[٤]، وأيضًا فإن جريان العرف بفعل ما تناول الاسم لا يوجب تخصيص اللفظ به[٥]، كما لو حلف لا يأكل لحمًا فإنه لا يختص بما جرى العرف بأكله[٦]، وإنما لم يجز بيع الوكيل من ابنه للتهمة[٧].

وكذلك إذا باع بأجل أو بغير نقد البلد جاز[٨]؛ لدخوله في الاسم على الشرط الذي ذكرته.

(١) سوَّى أبو حنيفة بين النقصان الكثير واليسير، فأما عندهما فإن كان النقصان يسيرا جاز، وإن كان فاحشا لم يجز. ينظر: المبسوط (١٩/٤٣).

(٢) ينظر: المبسوط (١٢/٢١٤)، والاختيار لتعليل المختار (٢/١٦١)، والغرة المنيفة (ص: ١٠٤).

(٣) ينظر: المبسوط (١٢/٢١٤).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٢٥ و٤٢٩)، والتجريد (٥/٢٢٣٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٦).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٩٨)، والمبسوط (٨/١٦٧).

(٦) وقال أبو يوسف ومحمد: إن مطلق الكلام يحمل على المتعارف، لكن على المتعارف عند أهل اللسان، وهو المتعارف في الاستعمال اللغوي لا على المتعارف من حيث الفعل فلو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمي أو الخنزير يحنث وإن لم يتعارف أكله لوجود التعارف في الاسم. ينظر: بدائع الصنائع (٣/٦١).

(٧) قال أبو حنيفة: الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة ولا تهمة في بيعه من الأجنبي بقليل القيمة لأن ما يستوفى من الثمن يسلمه إلى الآمر قل أو كثر. ينظر: المبسوط (١٢/٢١٤)، والاختيار لتعليل المختار (٢/١٦١).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٤٣)، وتبيين الحقائق (٤/٢٧٠).

|٦٧٠| **مَسْأَلَةٌ:** الوكيل بالبيع إذا باع من ابنه أو أبيه أو زوجه لم يجز[١] في قول أبي حنيفة[٢].

**وقال:** يجوز[٣][٤].

لأنه أمره بشيئين اثنين: بإزالة الملك وقطع الحق، وهو فيما يبيع من هؤلاء يستوجب الحق لنفسه، ولو استوجب الملك لنفسه بأن باعه من عبده أو مكاتبه لم يجز[٥]، كذلك إذا استوجب الحق لنفسه.

ولأن الوكيل أمين[٦]، فإذا وضع الأمانة عند من تلحقه التهمة لم يجز، كالشهادة والقضاء[٧].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** باعه بثمن مثله[٨] من حيث لم يحتج إلىٰ تولي طرفي العقد بنفسه، فصار كما لو باع من أخيه.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢/٢١٤)، وتبيين الحقائق (٦/٧٣).

(٢) وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبة لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة، بخلاف العبد؛ لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولىٰ وكذا للمولىٰ حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز. ينظر: بداية المبتدي (ص: ١٦٢)، والبناية شرح الهداية (٩/٢٦٦).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٥/٣٠٥)، والشرح الكبير (٥/٢٢٥).

(٤) قال النووي: (فيه وجهان. أصحهما: الجواز). روضة الطالبين (٤/٣٠٥).

(٥) هو قول أبو يوسف ومحمد كما سبق.

(٦) ينظر: المبسوط (١٤/٤٠)، وبدائع الصنائع (٦/٣٤).

(٧) الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لا يبيع ممن لا تجوز شهادته له كما لا يبيع من نفسه ومملوكه. ينظر: المبسوط (١٣/١٢٤)، والبحر الرائق (٧/١٦٦).

(٨) المذهب القطعُ بجواز بيع الوكيل من ابنه وأبيه بثمن المثل. ينظر: نهاية المطلب (٥/٣٠٥).

۞ **قِيلَ**: روي عن أبي حنيفة في المضاربة الكبير: أنه إذا باع من ابنه بمثل قيمته جاز[١]، فعلىٰ هذا يتصور الخلاف فيمن باع بغبن وإن قل[٢]، ويبطل بمن باع من عبده أو مكاتبه أو عبد الموكل[٣]، علىٰ أنا لو جوزنا بيعه منه أبرأ المشتري بقول الوكيل: (استوفيت)[٤]، فيكون فيه جر نفع إلىٰ الابن فتلحقه التهمة من هذا الوجه أيضًا.

ولأن له حقًّا في مال ابنه[٥]، فصار مستوجبًا الحق لنفسه، فلحقته التهمة فيما هو أمين فيه[٦] فلم يصح، وليس كذلك الوكيل بالرهن إذا رهن من ابنه[٧]، وقد ذكر في الكتاب أنه يجوز[٨].

**وقيل**: هو قول أبي يوسف ومحمد[٩]، وإن سلمنا فلأن إقرار الوكيل بالرهن

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٧٠)، والبناية شرح الهداية (٩/٢٦٦).

(٢) إن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة. ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٧٠)، وحاشية ابن عابدين (٥/٥٢١).

(٣) ينظر: بداية المبتدي (ص: ١٦٢)، والبناية شرح الهداية (٩/٢٦٦).

(٤) وأصل المسألة في الإبراء أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن جاز في قول أبي حنيفة ومحمد وصار ضامنا للموكل قياسا، وفي قول أبي يوسف لا يجوز إبراؤه استحسانا. ينظر: المبسوط (١٩/٣٥)، والجوهرة النيرة (١/٣٠٠).

(٥) ينظر: المبسوط (٥/٢٢٩)، وبدائع الصنائع (٤/٣٠).

(٦) قال أبو حنيفة: (الوكيل بالبيع يوجب الحق للمشتري في ملك الغير، والإنسان متهم في حق ابنه وامرأته فيما يوجبه لهما في ملك الغير). ينظر: المبسوط (١٩/٣٣).

(٧) بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء ـ يعني: ابنه أو الأقارب ـ؛ لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكما واحدا. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٤٢١)، وتبيين الحقائق (٦/٧٣).

(٨) ينظر: البناية شرح الهداية (١٢/٥١١)، والبحر الرائق (٨/٢٨١).

(٩) ينظر: العناية شرح الهداية (١٠/١٦٠)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (١٠/١٦٠).

لا يصح باستيفاء الدين فلا تهمة[١]، ولا يلزم بيع المضارب من ابنه بمثل قيمته[٢]؛ لأن المضارب يتصرف لنفسه إذ يستحق جزءاً من الربح، ولا تلحقه تهمة في تصرفه لنفسه مع ابنه[٣]، وإذا قال الموكل: (بعه من ابنك) فقد رضي به فلا تهمة[٤]، وبالله التوفيق.

| ٦٧١ | **مَسْأَلَةٌ:** الوكيل بالشراء إذا أنفق الدراهم واشترىٰ بمثلها جاز شراؤه علىٰ الموكل[٥].

**وقال:** لا يجوز[٦].

لأن الدراهم لا تتعين[٧] فقد أمره أن يشتري بمضمونٍ في ذمته، ويرجع في المُسلَّم إليه إذا قَضىٰ، وقد اشترىٰ فلم يكن مخالفًا فجاز، وعنده تتعين الدراهم[٨]، فصارت كالسلعة، ولو اشترىٰ بغير تلك السلعة لم يكن مشتريًا

(١) ينظر: المبسوط (٢١/١٥٦)، والبحر الرائق (٧/١٤٧).

(٢) وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وبيعه منهم بأكثر من القيمة وشراؤه منهم بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذا عند أبي حنيفة باتفاق الروايات. ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢٧٠)، والبناية شرح الهداية (٩/٢٦٦).

(٣) الإنسان متهم في حق ابنه وامرأته فيما يوجبه لهما في ملك الغير، ألا ترىٰ أنه لو شهد لابنه أو امرأته لا تقبل شهادته؟ وجعل بمنزلة الشاهد لنفسه أو لعبده أو مكاتبه؟ ينظر: المبسوط (١٩/٣٣).

(٤) أي في ذمة الوكيل.

(٥) ينظر: البحر الرائق (٧/١٥٦و ١٨٦).

(٦) ينظر: المهذب (٢/١٧٥)، والبيان للعمراني (٦/٤٤١).

(٧) ينظر: التجريد (١٢/٦٤٧٨)، والمبسوط (١٤/١٧).

(٨) ينظر: نهاية المطلب (٦/٣٨٥)، والمجموع شرح المهذب (٩/٣٣٢).

للموكل[١]، كذلك الدراهم.

|٦٧٢| **مَسْأَلَةٌ:** حقوق العقد في التسليم والتسلم تتعلق بالوكيل[٢].

**وقال:** للموكل أن يطالب بالتسليم إليه[٣].

لأنه يُضيف العقد إلىٰ نفسه[٤] وهو ممن يلزمه الضمان فتعلقت العهدة به، وأما القاضي وأمينه فإنه يتصرف من قبل الحكم[٥] فلا يجوز أن يكون خصمًا، وفي النكاح يضيف العقد إلىٰ غيره[٦]، يقول: (زوجت فلانًا)، وفي البيع يقول: (بعني).

ولأن غَيبة الموكل عن مجلس الصرف لا توجب بطلان العقد[٧]، ولو كان التسليم والتسلم متعلقًا بهما لبطل.

وروي عن عائشة: أن النبي ﷺ اشترىٰ بعيرًا إلىٰ أجل، فلما حل الأجل تقاضاه، فقال: «جئتنا وما عندنا شيء، ولكن أقم حتىٰ تأتي إبل الصدقة»، فقال: واغدراه، فهمَّ به عُمر فقال ﷺ: «دعه فإن لصاحب الحق مقالًا»[٨] فكان اشترىٰ

(١) ينظر: المبسوط (١٣/١٢٤)، وبدائع الصنائع (٥/٢٠٠).

(٢) قال الكاساني: (مذهب علمائنا). بدائع الصنائع (٦/٣٣). وينظر: التجريد (٦/٢٨٢٨ و٣١١٢)، والمبسوط (١٢/٢٠٣).

(٣) ينظر: الوسيط في المذهب (٣/٣٠٣)، والشرح الكبير (٥/٢٥٠).

(٤) ينظر: التجريد (٦/٣١١٨)، والمبسوط (٩/٩).

(٥) ينظر: التجريد (٦/٢٨٢٨ و٣١١٨)، وتبيين الحقائق (٤/٢٥٧).

(٦) ينظر: التجريد (٦/٣١١٨)، وبدائع الصنائع (٦/٣٤).

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٢٧٥)، والتجريد (٦/٣٠٨٨).

(٨) أخرجه أحمد (٢٦٣١٢)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٤٠): «وإسناد أحمد صحيح»،=

للصدقة وتعلقت العهدة به.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يجوز إبراء الموكل وقبضه[1].

❁ **قِيلَ**: جوزناه استحسانًا[2]؛ لأنه لو رد لزم الوكيل أن يرد عليه، فصار من حيث يرد يرد عليه فلا يرد، والإبراء في حكم الاستيفاء[3]، فإذا جاز استيفاؤه جاز إبراؤه[4]، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

= وأصله في الصحيحين أخرجه البخاري (٢٣٠٦)، ومسلم (١٦٠١).

(١) ينظر: البيان للعمراني (٦/٤١٦)، والمجموع شرح المهذب (١٤/١١٦).

(٢) ينظر: البحر الرائق (٧/١٥٣).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني (٨/٤٨٧)

(٤) ينظر: الجوهرة النيرة (١/١٩٠)، والبحر الرائق (٥/٣٣١).

# كتاب الصُّلح

|٦٧٣| الصلح على الإنكار جائز[١].

وأبطله الشافعي[٢].

قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء: ١٢٨].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصلح بين المسلمين جائز»[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي: «إلا ما أحل حرامًا، وحرم حلالًا»[٤][٥].

❁ **قِيلَ**: هو في حديث كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده، والذي رويته خبرٌ آخر[٦]، على أن الصلح محمول على أنه يبرئ عن بعض حقه،

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٣١/٥)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٣).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (١١٨/٧)، والوسيط في المذهب (٥١/٤).

(٣) أخرجه أحمد (٨٧٨٤)، وأبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢). قال الحاكم (٢٣٠٩): «رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، وقال الذهبي: لم يصححه وكثير ضعفه النسائي ومشاه غيره». وقال الألباني في إرواء الغليل (١٣٠٣): «صحيح».

(٤) ينظر: بحر المذهب (٤٠٥/٥)، وكفاية النبيه (٥١/١٠).

(٥) أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣)، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٣٠٣) بشواهده.

(٦) قال القدوري: هما خبران راوي كل واحد منهما غير الآخر، ولو ثبت أنه خبر واحد لم يمتنع الاستدلال، لأنه ﷺ حكم بجوار الصلح وهذا عام، ثم استثنى صلحا بصفة خاصة، فإن لم يثبت أن الصفة موجودة فيه لم يخرج من الخبر. وقد اختلفنا في الصلح على الإنكار، هل وجدت فيه صفة الاستثناء، فلم يجز إخراجه من الخبر. ينظر: التجريد (٢٩٤٨/٦).

ويستوفي بعضًا ، وهذا لا يقتضي تحريم حلال[1] ، ولا يحمل علىٰ أنه يبرئ عن عَين ، أو يأخذ ما لم يكن له أخذه ؛ دليله: حال الإقرار[2].

ولأن الإبراء يصح مع الإنكار[3] ؛ بدليل أنه لو أبرأه عن دينه وهو يجحد[4] ، أو أعتق عبده وهو يجحد الرق جاز ، وفي العتق إبراء من الرق[5] فصح الصلح بصحة البراءة[6] ؛ دليله حال الإقرار.

ولأن المدعي يجوز أن يكون صادقًا[7] فقد صالح عن مال لم يحكم ببطلانه ، فجاز كحال الإقرار ؛ إذ الإقرار يجوز أن يكون كذبًا أيضًا[8].

ولأن الصلح سبب لإسقاط الخصومة[9] فجاز مع الجحد كالاستحلاف[10].

ولأن يمين المدعىٰ عليه حق ، ويجوز أن يؤدي سقوطها إلىٰ استحقاق المال وهو أن ينكل ، فجاز أن يؤخذ منه المال علىٰ جهة الصلح ، كدم العمد[11].

---

(١) ينظر: التجريد (٦/٢٩٤٨) ، وبدائع الصنائع (٦/٤٣).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٠/١٤٠) ، وبدائع الصنائع (٦/٥١).

(٣) وكذا كل صلح جاز مع إنكاره. ينظر: التجريد (٦/٢٩٥٠) ، والمبسوط (٢٠/١٤١).

(٤) ينظر: البحر الرائق (٧/٢٦٠).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٦٦) ، وتبيين الحقائق (٥/١٧٤).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/٨) ، ومجمع الأنهر (٢/٣١٤).

(٧) ينظر: التجريد (٦/٢٩٥٤) ، وبدائع الصنائع (٦/٢٢٢).

(٨) ينظر: المبسوط (٤/٢٢٥) ، والعناية شرح الهداية (٨/٣٢٢).

(٩) ينظر: التجريد (٦/٢٩٥٠) وبدائع الصنائع (٦/٥٣).

(١٠) الجامع بينهما أن المستحلف يريد إسقاط الخصومة عن نفسه. ينظر: الجوهرة النيرة (٢/١٤٥) ، والبحر الرائق (٨/٤٥٤).

(١١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤١٥) ، والتجريد (٦/٢٩٥٢).

❊ فَإِنْ قِيلَ: الصلح في معنى المعاوضة[1] بدليل أنه لو صالح من دراهم على دنانير وتفرقا قبل القبض بطل[2]، فلا يجوز إلا بعد ثبوت العوضين كالبيع، والمدعى لم يثبت ببينة ولا إقرار فلم يصح الصلح[3].

❁ قِيلَ: عقد الصلح عقد على حده، ليس له حكم المعاوضة من كل وجه[4]، وإنما بُني على الإبراء والحطيطة بدليل ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إلا أنه صُلح ولولا أنه صلح لرددته»[5]، ويصح الصلح عن الهالك[6] ولا يجوز بيعه، وكذلك الصلح يصح عن العيب[7]، ولا يجوز بيع الجزء الفائت، وعنده[8]: أن المشتري لا يرجع بالوصية مع إمساكه المبيع فلم يكن المأخوذ بدلًا عن شيء، ولو صالح من ألف على خمسمائة جاز عندنا[9]، ولا يبطل بالافتراق قبل القبض[10]، ولو كان بيعًا بطل، وإنما لم يصح فيما ذكر؛ لأن المتروك عليه

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٥/٩٢)، وروضة الطالبين (٤/١٩٩).

(٢) ينظر: بحر المذهب (٥/٤٣٥)، والبيان للعمراني (٦/٢٤٥).

(٣) ينظر: البيان للعمراني (٦/٢٤٧)، والمجموع شرح المهذب (١٣/٣٩٠).

(٤) المذهب عند أبي يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل استيفاء لحقه، وأجمعوا أن المدعى إذا كان دينا فصالح أحدهما من نصيبه على شريكه لشريكه أن يشاركه؛ لأنه استيفاء على قول الكل. ينظر: تبيين الحقائق (٥/٤٦)، والعناية شرح الهداية (٨/٤٢٧).

(٥) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في الأصل (١٠/٥٨٠)، والشافعي في الأم (٧/١٨٨)، وابن أبي شيبة (٢٣٣٤٤)، وإسناده صحيح، فرجاله رجال الصحيحين.

(٦) الصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته يجوز في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في قولهما. ينظر: المبسوط (٢٠/١٦٩)، والبحر الرائق (٧/٢٥٨).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٥٣)، ومجمع الأنهر (٢/٣١٥).

(٨) ينظر: التهذيب (٣/٤٥٣).

(٩) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٥٢)، وبدائع الصنائع (٦/٤٣و ٤٤).

(١٠) ينظر: المحيط البرهاني (٧/١٩٠ و١٩٣)، والبحر الرائق (٧/٢٥٨).

دَين، والمستوجب دَين، فيكون في معنىٰ الدين بالدين فلا يجوز، وينتقض ما ذكر بالأجنبي إذا أقر بالمال علىٰ المدعىٰ عليه وصالح المدعي فإنه يجوز[1]، والمال لم يثبت علىٰ المقر؛ لأنه أقر علىٰ غيره[2]، ولم يثبت علىٰ المقَر عليه؛ لأن إقراره عليه لا ينفذ[3] ولو كان وكيلًا له علىٰ أصله ومع ذلك صح الصلح[4]، وكذلك رجل جعل دارًا مسجدًا ثم ادعاها رجل وأنكر المدعي عليه فصالح الجيرانُ المدعي صح[5] وإن كان المدعَىٰ لم يثبت، علىٰ أن ثبوت العوض في حقهما لا يكون شرطًا في جواز المعاوضة؛ بدليل أنه لو شهد علىٰ غيره أنه أعتق عبده فرُدت شهادته ثم اشتراه صح الشراء[6] وإن كان البدل غير ثابت في حق المشتري، واعتبار قول من يدعي صحة العقد أولىٰ بعد دخولهما فيه، ويجوز أن يصحح هذا الصلح علىٰ جهة إسقاط الدعوىٰ والتخليص من الخصومة والافتداء عن اليمين الذي يجوز أن يكون سقوطها مؤديًا إلىٰ استحقاق مال[7].

|٦٧٤| **مَسْأَلَةٌ:** ولو صالح من سكنىٰ دار علىٰ مال، أو الموصىٰ له بما في بطن جارية صالح منه علىٰ مال جاز عندنا[8].

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٩/٤٢٦)، والتجريد (٦/٢٩٥٣).

(٢) فلو أقر علىٰ نفسه لثبت لأن الإقرار حجة ملزمة شرعا. ينظر: تبيين الحقائق (٦/٢٢٤).

(٣) لا يثبت لاحتمال الكذب فيه.

(٤) ينظر: التجريد (٦/٢٩٤٩).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٠/١٥٣)، ولسان الحكام (ص: ٢٦٣).

(٦) ينظر: التجريد (٦/٢٩٥١).

(٧) ينظر: التجريد (٦/٢٩٥٥)، والمبسوط (٢١/٣٧).

(٨) جاز بطريق إسقاط الحق المستحق له بعوض. ينظر: المبسوط (٢١/٥)، والأصل للشيباني (١١/٢٨ و٢٩).

**وعنده**[1]: لا يصح[2].

لما بينا أن الصلح ليس بعقد معاوضة فصح من السكنى وإن كان لا يجوز بيعه، وعنده يجري مجرى المعاوضة فلم يُجوزه[3].

|٦٧٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا استهلك لرجلٍ ثوبًا ثم صالح على أكثر من قيمته جاز في قول أبي حنيفة[4].

**وقال:** لا يجوز[5].

لأن عليه الثوب لا القيمة ؛ إذ الشيء لا يصير مضمونًا إلا بالقبض أو العقد أو القضاء[6] ولم يوجد في القيمة، فإذا كان المضمون الثوب وصالح منه على أكثر من قيمته جاز[7].

ولأن الضمان يجب يوم الغصب[8] وذلك اليوم كان عينًا فصح الصلح عنه

---

(١) أي: الشافعي.

(٢) لأنه صلح على مجهول، ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧٣/٦)، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج (٢٧٩/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦٧/٦)، ونهاية المطلب (٤٤٧/٦).

(٤) وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: يبطل الفضل من قيمته إن كان مما لا يتغابن الناس فيه لأن حقه في القيمة، والزائد عليها ربا، وله أن حقه في الهالك باق، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فإذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٩٣/٣)، وتبيين الحقائق (٣٨/٥).

(٥) ينظر: أسنى المطالب (٢١٨/٢)، وتحفة المحتاج (١٩٧/٥).

(٦) ينظر: المبسوط (٤٢/٢١)، وبدائع الصنائع (٢١٠/٤).

(٧) ينظر: التجريد (٢٩٧٨/٦).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (١٥١/٧).

بأكثر من قيمته، وأيضًا فهو بالتضمين ينقل الملك إليه قبل الاستهلاك فله أن يُملِّكه بما شاء[١].

ولا يلزم عبد بين شريكين أعتقه أحدهما ثم ملكه الآخر علىٰ أكثر من القيمة[٢] فإنه لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ أوجب عليه القيمة[٣]، وحُكم النبي ﷺ أكبر من حكم حاكم، وفي مسألتنا لو حكم حاكم بالقيمة ثم صالح علىٰ أكثر منها لم يجز، كذلك هذا[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الطلب يتوجه بالقيمة لا للثوب، فدل علىٰ أن الواجب القيمة[٥].

۞ **قِيلَ**: في القتل الخطأ يتوجه الطلب بالدية والمضمون النفس[٦]؛ بدليل أنه يُعتبر الأجل من يوم القضاء علىٰ العاقلة[٧].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو صالح علىٰ طعام مؤجل لم يجز، ولو كان الصلح من الثوب جاز[٨].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٣٧٣/٧)، وبدائع الصنائع (٢٤/٢).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية (٤٢١/٨)، والبناية شرح الهداية (٢٠/١٠).

(٣) إشارة إلىٰ حديث ابن عمر ﵄، قال: رسول الله ﷺ: «من أعتق شركا له في مملوك، فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال يقوم عليه قيمة عدل، فأعتق منه ما أعتق». أخرجه البخاري (٢٥٢٣)، ومسلم (١٥٠١).

(٤) ينظر: المبسوط (٥٦/٢١)، وبدائع الصنائع (٢٨٤/٢).

(٥) ينظر: تحفة المحتاج (١٩٧/٥)، ومغني المحتاج (١٦٩/٣).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٢٣٤/٧).

(٧) ينظر: المبسوط (١٢٨/٢٧)، والاختيار لتعليل المختار (٥٩/٥)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار (ص: ٣٥٠).

(٨) ينظر: أسنىٰ المطالب (٢١٥/٢)، وحاشية الجمل علىٰ شرح المنهج (٣٥٤/٣).

﴿ قِيلَ: المضمون ثوب في الذمة فهو دَين بدين[١]، فلذلك لا يجوز[٢].

|٦٧٦| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تنازعا دارًا ولأحدهما عليها جذوع فصاحب الجذوع أولىٰ[٣].

**وقال:** هما سواء[٤].

لأنه بوضع الجذوع متصرف فيها، لأنه مُثَقِّل لها فالمتصرف أولىٰ، كالراكب والمتعلق بلجامه، واللابس والمتعلق بذيله[٥].

ولأن الحائط يُبنىٰ لوضع الجذوع عليه[٦] فقد ظهر تصرفه بوضعها، فصار كما لو حمل علىٰ دابة وآخر واقف بجنبه يدعيها فإن الحامل أولىٰ[٧]، وأما من وضع خشبةً أو خشبتين فإن التصرف لا يظهر به[٨]، وبالحرادي[٩] لا يكون مُثَقِّلًا

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤٦/٦).

(٢) لنهي رسول الله ﷺ «عن بيع الكالئ بالكالئ» أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٥٥٤)، والدارقطني (٣٠٦١)، والحاكم في المستدرك (٢٣٤٢)، قال الحاكم: «حديث صحيح علىٰ شرط مسلم. ووافقه الذهبي». وقال ابن حجر في بلوغ المرام (٨٤٦): «رواه إسحاق، والبزار بإسناد ضعيف».

(٣) ينظر: التجريد (٢٩٦٢/٦)، والمبسوط (٨٨/١٧)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١٧٣/٣).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٢٣٠/٣)، والحاوي الكبير (٣٨٩/٦).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٧٢/٣)، وتبيين الحقائق (٣٢٥/٤).

(٦) ينظر: التجريد (٢٩٦٣/٦)، والمبسوط (٨٧/١٧).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٣٢٥/٤)، والجوهرة النيرة (٢٢٠/٢).

(٨) ينظر: قره عين الأخيار (٣١/٨).

(٩) الحُرْدي: حزمة من قصب تلقىٰ علىٰ خشب السقف. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ١١٠)، والقاموس المحيط (ص: ٢٧٧).

فلم يكن متصرفًا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي»[(١)][(٢)].

۞ **قِيلَ**: صاحب الجذوع متفرد بالتصرف واليد فكان الآخر هو المدعي في الظاهر فتكون البينة عليه[(٣)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو كان وضع الجذوع كاليد في دفع الاستحقاق لم يُقدَّم اتصال التربيع[(٤)] عليه[(٥)].

۞ **قِيلَ**: قد علم سبق يد صاحب الاتصال، إذا كان ذلك اتصال تربيع فكان أولى[(٦)]، كما لو أقام أحدهما البينة على النتاج وآخر على اليد فصاحب النتاج أولى لسبق يده، ولا يدل على أن اليد الأخرى لا يرفع بها الاستحقاق إذا

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٣٨٨)، وبحر المذهب (٥/٤٢٢).

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٤١)، وقال: «هذا حديث في إسناده مقال ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك، وغيره». قلت: قد توبع؛ تابعه ابن جريج وغيره، وأخرجه الدارقطني (٣١٩١) والبيهقي في السنن الكبرى (١٦٤٤٥)، وحسنه البغوي في مصابيح السنة (٢٨٣٨)، والحديث أصله في الصحيحين من حديث ابن عباس البخاري (٢٦٦٨)، ومسلم (١٧١١).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٧٣)، وتبيين الحقائق (٤/٣٢٧).

(٤) ذكر الطحاوي أن التربيع هو: أن يكون أنصاف ألبان الحائط مداخلة مع حائط إحدى الدارين، وذكر الكرخي أن تفسير التربيع: أن يكون طرفا هذا الحائط المدعى مداخلين حائط إحدى الدارين. وعليه: فالمداخلة إذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف، وإن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي صاحب الجذوع أولى. ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٥٧)، والبناية شرح الهداية (٩/٤٠٩).

(٥) ينظر: الشرح الكبير (٥/١٢١).

(٦) ينظر: المبسوط (١٧/٨٨)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥٧).

انفردت[١]، كذلك هذا.

وقولهم: إن الجذوع توضع بعد البناء[٢] ولا تُغلَّب به يد أحدهما باطل بحمار تنازعاه ولأحدهما عليه حمل[٣].

|٦٧٧| **مَسْأَلَةٌ:** صاحب السفل والعلو إن تنازعا السقف فهو لصاحب السفل[٤].

**وقال:** هو بينهما[٥].

لأنه علم بسبق يد صاحب السفل فوجب أن يكون أولىٰ، كالحائط إذا كان متصلًا ببناء أحدهما اتصال تربيع[٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** أرض لصاحب العلو، سقفٌ لصاحب السفل، فلكل واحد منهما به نوع انتفاع فكان بينهما[٧].

❁ **قِيلَ:** من قعد علىٰ بساط في دار غيره وتنازعا فهو لصاحب الدار[٨] وإن كان للقاعد به نوع انتفاع، وكذلك حمل محمول علىٰ بعيرٍ واحدٍ والآخر قاعد

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٣/١٧)، وبداية المبتدي (ص: ١٦٩).

(٢) قال الجويني: (معتمد المذهب أن وضع الجذوع يقع بعد بناء الجدار). ينظر: نهاية المطلب (٤٧٩/٦).

(٣) ينظر: المبسوط (٨٩/١٧).

(٤) ينظر: التجريد (٢٩٦٩/٦). ينظر: التجريد (٢٩٦٩/٦)، والمبسوط (١٥٨/٢٠).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٢٣١/٣)، والبيان للعمراني (٢٠٩/١٣).

(٦) ينظر: التجريد (٢٩٧٠/٦)، والمبسوط (٨٧/١٧).

(٧) ينظر: التهذيب (١٥٨/٤)، والشرح الكبير (١٢٣/٥).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٣٢٥/٤)، وحاشية ابن عابدين (٥٧٩/٥).

عليه تنازعاه فهو لصاحب البعير[1]، كذلك هذا.

ولأن السقف من البيت والبيت له وهو محمول على ملكه فكان أولى، ولو تنازعا في الغرفة كان لصاحب السفل أيضًا[2].

|٦٧٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أخرج جناحًا[3] إلى الشارع فخاصمه واحد من المسلمين فيه نُقِض[4].

**وقال:** إن كان لا يضر بالناس لم يُنقض[5].

لأنه أخذ جزءًا من الهواء وانفرد به ولكل واحد من المسلمين فيه حق فإذا طالب من له الحق بإزالته أُزيل[6]، كما لو أشرعه في طريق مشترك لقوم، وأما إذا أرسل ثوبه على جدار ليجف فإنه لا يدوم، ولا يمنع الغير من الانتفاع فصار كالمشي في الطريق فلم يكن فيه انفراد لمشترك[7].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الارتفاق بالموضع الذي لا يتعين له ملك جائز ما لم يكن فيه إضرار[8]، كالقاعد بالأسواق.

---

(١) لأنه هو المتصرف. ينظر: تبيين الحقائق (٣٢٥/٤)، وحاشية ابن عابدين (٥٧٩/٥).
(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٢٤٩/٨)، والتجريد (٢٩٧٠/٦).
(٣) الجناح: هو الروشن؛ وهو الممر على العلو. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ١٨٩)، ومختار الصحاح (ص: ١٢٣).
(٤) ينظر: المبسوط (١٤٤/٢٠)، ومجمع الأنهر (٦٥٣/٢).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣٧٥/٦)، والشرح الكبير (٩٦/٥).
(٦) ينظر: التجريد (٢٩٥٩/٦)، والبناية شرح الهداية (٤٣٩/١١).
(٧) ينظر: التجريد (٢٩٥٩/٦).
(٨) ينظر: المهذب (٢٩٧/٢)، والمجموع شرح المهذب (٢٢٤/١٥).

۞ قِيلَ: له منعه من المقاعدة أيضًا، على أن التصرف في حق الغير إذا منع لضرر منع لغير ضرر[١]، كالتصرف في الطريق الخاص وغيره.

|٦٧٩| مَسْأَلَةٌ: أحد الشركاء في النهر إذا أراد العمارة أُجبر الباقون عليها[٢].

وقال: لا يُجبر[٣].

روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[٤].

۞ فَإِنْ قِيلَ: في إجباره على النفقة إضرار به.

۞ قِيلَ: يعود نفعه إليه فلا ضرر عليه.

ولأنه لا يقدر على التخلص من سوء مشاركته بقسمته فوجب أن يجبر على الإنفاق عليه، كالعبد المشترك بين اثنين[٥].

ولأنه يزال ضرر الشركاء فيما أمكن قسمته بالقسمة، فإذا لم يمكن قسمته

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٦٥).

(٢) ينظر: التجريد (٦/٢٩٧٤)، والبناية شرح الهداية (١٢/٣٢٥).

(٣) هذا في قوله الجديد، والقديم المختار عند جماعة من متأخري أصحابه: إنه يجبر الشريك دفعا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل. وقال النووي: المختار الجاري على القواعد: أن لا إجبار مطلقا. ينظر: الشرح الكبير (٥/١٠٩)، وروضة الطالبين (٤/٢١٦).

(٤) أخرجه أحمد (٢٨٦٥)، وابن ماجه (٢٣٣٧)، قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/٤٨): «هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم». قلت: لكنه قد توبع عند الدارقطني وغيره. وقال الألباني في إرواء الغليل (٨٩٦): «صحيح. وله شواهد من حديث: عبادة بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وأبي لبابة، وثعلبة بن مالك، وجابر بن عبد الله، وعائشة».

(٥) ينظر: التجريد (٦/٢٩٧٤).

وجب أن يزال بنوع آخر[١].

ولأنه بإجراء الماء طارح التِّقْن[٢] فيه فأُمر برفعه، كما لو شغل كل واحدٍ منهما المشتركة بمتاعه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لا يخلو إما أن يجبر علىٰ إصلاحه لملكه، أو لملك شريكه، أو الحق، ولا يجبر علىٰ إصلاح ملك نفسه، ولا علىٰ إصلاح ملك شريكه، والملك إذا لم يكن حيوانًا لم يجب له حق، فلا يجبر أصلًا[٣].

❊ **قِيلَ**: يمنع من الإضرار بشريكه، وفي ترك النفقة إضرار[٤]، ويُجبر علىٰ رفع ما طرحه من التِّقْن، ويبطل ما ذكره بمؤنة القسمة.

|٦٨٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا انهدم العلو والسفل فلصاحب العلو أن يبني ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتىٰ يعطيه قيمة ما بنىٰ[٥].

**وقال:** ليس له منعه[٦].

لأنه لا يصل إلىٰ الانتفاع بملكه إلا بإصلاح ملك شريكه فكان مأذونًا فيه،

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢٢٧)، وبداية المبتدي (ص: ٢١٢).

(٢) التِّقْن: رسابة الماء، ويقال: إن ذلك يجتمع في الربيع، وهي من الكلمات التي كانت شائعة عند أهل بغداد، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره. ينظر: النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب (٢/٦٥)، والمجموع شرح المهذب (١٥/٢١٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٠٤)، ونهاية المطلب (٦/٤٩٤).

(٤) أي: بالشريك الآخر. ووجه الضرر: بذل مال مستحق علىٰ شريكه.

(٥). ينظر: الأصل للشيباني (٨/٣٦)، والبحر الرائق (٧/٣٠).

(٦) ينظر: الأم للشافعي (٣/٢٣١)، والشرح الكبير (٥/١١١).

كالعبد المشترك إذا لم يُنفق أحدهما فللآخر أن ينفق، فإذا كان له فعله لم يكن متبرعًا به؛ إذ كل من بنىٰ في ملك غيره وهو متبرع فيه فلصاحبه منعه[١]، وقد يجوز أن يكون مأذونًا حكمًا، كالأب يشتري لولده الصغير[٢].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: فيه منع صاحب السفل من ملكه، وفي تمكنه إبطال حق الآخر عليه، فيوصَل كل واحدٍ منهما إلىٰ حقه[٣][٤].

|٦٨١| **مَسْأَلَةٌ:** ليس له أن يضع خشبة علىٰ حائط جاره بغير إذنه[٥].

**وعلىٰ أحد قوليه**: له ذلك[٦].

لأنه يَهدم ملك غيره، أو يبني في ملك غيره فمنع منه، كما لو لم يكن جارًا لدار بنىٰ في أرض بخشبه.

وما يروى أن النبي ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره»[٧]، هذا إذا كان له حق الوضع عليه، وندبه إليه لحسن الجوار، وبالله التوفيق.

---

(١) من جاز له البناء في ملك غيره، لم يكن متبرعا بالإنفاق، كالأب، والوصي. ينظر: التجريد (٦/٢٩٧٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٥٥)، وتبيين الحقائق (٦/٢١٢).

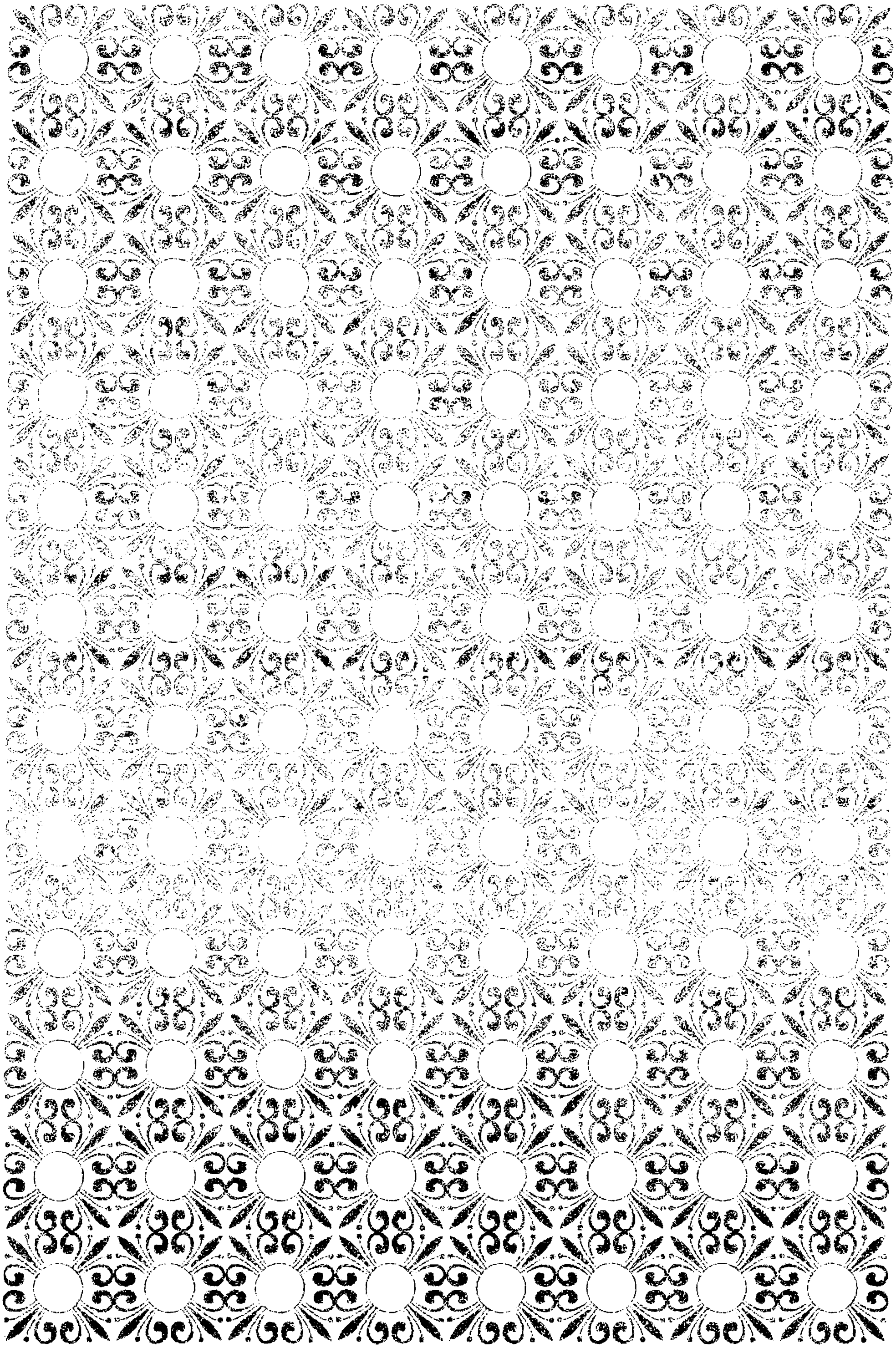
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٣/٢٣١)، والشرح الكبير (٥/١١١).

(٤) ولم يجب علىٰ هذا الاعتراض.

(٥) ينظر: التجريد (٦/٢٩٦٦)، والمعتصر من المختصر من مشكل الآثار (٢/١٦).

(٦) ينظر: المهذب (٢/١٣٩)، والمجموع شرح المهذب (١٣/٤٠٦).

(٧) أخرجه البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٩).



# كتَابُ الشَّرِكَة

|٦٨٢| شركة الأبدان ـ وهي شركة الصُناع كالخياطين ومن أشبههم ـ جائزة.

وقال: باطلة[١].

لأن الشركة علىٰ هذا الوجه موجودة من لدن النبي ﷺ إلىٰ يومنا هذا من غير نكير[٢]، فلم يجز مخالفة الإجماع فيها[٣].

ولأن الأجر يُستحق بالتقبل[٤]؛ بدليل أن الأستاذ يتقبل، ويطرح علىٰ الأُجراء، ويستحق الأستاذ الأجر والضمانَ[٥]، والتوكيل في التقبل يصح[٦]، فصحت الشركة له كالمال، أو يصير كل واحدٍ منهما وكيلًا لصاحبه في تقبل نصف العمل له، فيجب نصفه للشريك ونصفه له[٧].

❊ فَإِنْ قِيلَ: الشركة في منافع أعيان متميزة لا تصح، كما لو عقد له الشركة علىٰ منافع دواب أو دور[٨].

---

(١) ينظر: مغني المحتاج (٣/٢٢٢).

(٢) ينظر: المبسوط (١١/١٥١)، وبدائع الصنائع (٥/٢٢٠).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني (٨/٧٠)، والعناية شرح الهداية (٦/٣٣٩).

(٤) ينظر: المبسوط (١١/١٥٧)، والمحيط البرهاني (٦/١٠).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٥/١٣٦)، والبحر الرائق (٧/٣٠٩).

(٦) ينظر: التجريد (٦/٣٠٣٩)، والمحيط البرهاني (٦/١١).

(٧) ينظر: التجريد (٦/٣٠٣٧)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق (٣/٣٠٤)

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٧٩)، والبيان للعمراني (٦/٣٧٢).

﴿ قِيلَ: لم يعقد على المنافع، وإنما صحت الشركة في التقبل على ما بينا[1].

وقوله: مقدار العمل مجهول فاسد؛ لأنَّا بينا أن الشركة لا تقع عليه، ويبطل بالعمل في المضاربة يُستحق الربح عليه كالمال وإن كان مجهول المقدار.

|٦٨٣| **مَسْأَلَةٌ:** شركة الوجوه جائزة[2]، ـ وهي: أن يشتركا ولا مال لهما ولهما ماء وجه على أن يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما[3] ـ.

**وقال:** لا تجوز[4].

لأن كل واحد منهما يوكل لصاحبه أن ما يشتريه يكون نصفه له ونصفه لشريكه، ولو أفرد هذا التوكيل صح، فإذا علقه على العقد كان أجوز كالعنان.

ولأن الربح يستحق بالضمان، والضمان يثبت في ذمتهما، والملك[5] يحصل لهما، فصح استحقاق الربح به.

ولأنهما إذا اشتركا على الدراهم ثم اشترى أحدهما بثمن مطلق[6] فإن

(١) ينظر: التجريد (٦/٣٠٤٠).
(٢) ينظر: التجريد (٦/٣٠٤٢)، وبدائع الصنائع (٦/٥٧)، والعناية شرح الهداية (٦/١٩٠).
(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٢)، والعناية شرح الهداية (٦/١٨٩).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٧٧)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٠٨).
(٥) الضمان يثبت الملك في المضمون، وأنه إذا ضمن ثبت له حكم الملك من حين يضمن. ينظر: التجريد (١١/٦٠١٨).
(٦) والأثمان لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، وصورة المطلقة: أن يقول اشتريت منك بذهب أو بفضة أو بحنطة أو بذرة ولم يعين قدرا ولا صفة. ينظر: مختصر القدوري (ص: ٧٨)،=

الشراء لم يقع بتلك الدراهم، وإنما وقع بمضمون في ذمتهما واستحقا ربحه، فإذا عقدا على هذا المعنى وصرحا به وجب أن يجوز.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: عقدا عقد الشركة على مال يحدث فلم يجز[1].

❁ **قِيلَ**: عقدا على توكيل وضمان في الحال، على أن عقد المضاربة يصح على عمل يحدث[2]، وعقد الشركة معقود على الربح، والربح يَحدث، وما يراعيه من الاختلاط نُبين فساده إن شاء الله، وهذا النوع جرى في السلف أيضًا من غير نكير[3]، واختص باسم فوجب أن يكون فيه الصحيح والفاسد.

|٦٨٤| **مَسْأَلَةٌ:** شركة المفاوضة جائزة إذا استوى الشريكان في مال التجارة والتصرف[4].

**وقال:** لا أدري ما هي[5].

روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»[6] فدل على

---

= والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٤).

(١) قال الماوردي: (ودليلنا أنها شركة في غير مال فوجب أن تكون باطلة كالشركة في الاصطياد والاحتشاش على أنها مبنية على شركة الأبدان) الحاوي الكبير (٦/٤٧٨).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٥٣)، ومجمع الأنهر (٢/٣٢١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٦٧)، ومجمع الأنهر (٢/٣٢١).

(٤) ينظر: التجريد (٦/٣٠٢٥)، والمبسوط (١١/١٥٣).

(٥) وقال: (لا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلا). ينظر: الأم للشافعي (٣/٢٣٦)، والحاوي الكبير (٦/٤٧٣).

(٦) لم أقف عليه بهذا اللفظ. وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٧٥) بلفظ: «فاوضوا، فإنه أعظم للبركة»، وقال: «غريب».

حصولها وجوازها[١].

ولأن المفاوضة وكالة عامة وضمان عام[٢]، ولو أفرد كل واحدٍ منهما صح، فكذلك إذا جمع بينهما وعلقه على العقد صح أيضًا[٣].

ولأن تعلق الوكالة بالمفاوضة كتعلقها بالعنان[٤]، غير أنه في المفاوضة أعم[٥]، فإذا صح في العنان صح في المفاوضة، وفي المفاوضة ضمان زائد[٦]، وحكم الكفالة في جواز تعليقها ودخول الجهالة فيها كالوكالة، فإذا صح تعليق الوكالة على هذا العقد صح تعليق الكفالة[٧] أيضًا، والدليل على جواز تعميمه أنه لو قال: ما وجب لك على فلان فهو عليّ صح[٨]، ولو قال: وكلتك ببيع مالي صح.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل شركة لم تصح عند تفاوت رأس المالين لم تصح عند تساويهما[٩]، كالشركة في القروض والديون.

❁ **قِيلَ**: المفاوضة تقتضي الاستواء بدليل قول الشاعر:

طعامهم فوضى فضًا في سراتهم ❊ ولا يعرفون الشر[١٠] إلا تناديا

(١) ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٦/١٥٧)، والبناية شرح الهداية (٧/٣٧٧).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٢٥٣)، وبدائع الصنائع (٦/٥٨).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٥٨)، والاختيار لتعليل المختار (٣/١٣).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٤٥)، والبحر الرائق (٨/١٠٤).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٧٢)، والمحيط البرهاني (٦/١٨).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٦٢).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٤٥)، والبحر الرائق (٦/٢٣٩).
(٨) ينظر: الأصل للشيباني (٨/١٩٥).
(٩) ينظر: المهذب (٢/١٥٧)، والبيان للعمراني (٦/٣٦٨).
(١٠) في بعض الروايات: (ولا يحسبون السر) وفي بعضها: (ولا يحسبون السوء) وقوله: (ولا يحسنون=

فإذا فضل أحدهما الآخر في المال لم تكن مفاوضة وكانت عنانًا، وكذلك إذا كان أحدهما حرًا والآخر عبدًا، أو كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا فإنهما لا يستويان في التصرف؛ إذ العبد لا يكفل، والذمي يتصرف في الخمر، فلم يوجد معنى المفاوضة بينهما[(١)]، واستواؤُهما شرط فيما يتناوله عقدهما، فإن كان لأحدهما دار أو جارية فلم يدخل ذلك في المفاوضة، ولا يزيل التساوي عما دخل تحت العقد فلا يضر، وأما العروض والديون فلا تنعقد به شركة عنان، فكذلك المفاوضة[(٢)].

❊ فَإِنْ قِيلَ: هذا ضمان مجهول فلا يصح[(٣)]؛ لأن المكفول عنه يجب أن يكون معلومًا.

❁ قِيلَ: لو استهلك مالًا لا يَعرف مالكه وجب الضمان[(٤)].

على أن كل عقد جاز على الانفراد إذا علق على الشركة جاز مع الجهالة كالتوكيل بشراء البز، ثم جهالة الربح وهو معقود عليه لا تمنع صحة العقد، فجهالة ما يدخل في العقد حكمًا أولى ألا تمنعه، وإنما أُخذ كل واحد منهما بضمان ما يغصبه الآخر على قول أبي حنيفة ومحمد[(٥)]؛ لأن ضمان الغصب

= السر إلا تنادياً) أي: لا ريبة في أقوالهم وأفعالهم فيخفضوا الصوت بما يتخاطبون به، فعلى هذا يكون تنادياً مستثنى، ويكون التقدير: لا يحسنون السر لكنهم يتنادون. ويجوز أن يكون تنادياً في موضع الحال. ينظر: مقاييس اللغة (٤/٤٦٠)، والإمتاع والمؤانسة (ص: ٣٠٦)، والمحكم والمحيط الأعظم (٨/٢٥٢)، وشرح ديوان الحماسة للتبريزي (٢/٣٥٩).

(١) ينظر: بداية المبتدي (ص: ١٢٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٥).

(٢) المحيط البرهاني (٦/١٧)، وتبيين الحقائق (٣/٣١٤ و٣١٦).

(٣) ينظر: بحر المذهب (٥/٤٧٢)، والبيان للعمراني (٦/٣١٧ و٣٣٨).

(٤) ينظر: المبسوط (١١/١٣)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٦)

(٥) ينظر: كنز الدقائق (ص: ٣٩٨)، وتبيين الحقائق (٣/٣١٥)، والبحر الرائق (٥/١٨٣).

ضمان فيما إذا ضُمن ملك[١]، وصحت الشركة في بدله، فإذا تعلق بهذا القبض التمليك صار كالقبض على العقد الفاسد[٢]، فيكون داخلًا في التجارة.

|٦٨٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا كان رأس مال أحدهما ألف ورأس مال الآخر ألفان وشرطا الربح نصفين جاز في قول علمائنا الثلاثة[٣].

**وقال:** لا يجوز[٤].

لأنه جعل له ربح بعض ماله وله فيه عمل، وبالعمل يُستحق الربح وإن لم يكن رأس مال كالمضارب فصح الشرط به[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** يقتضي العقد قسمة الربح على رأس المال؛ بدليل حال الإطلاق، فإذا شرط في العقد غير موجَب العقد بطل[٦].

❁ **قِيلَ:** ليس ما يقتضيه الإطلاق يكون موجَب العقد حتى لا يُغير بالشرط، كما لو باع بثمن فإن الإطلاق يقتضي أن يكون الثمن حالًّا، ويؤجل بالشرط[٧]، ولو باع من اثنين فالإطلاق يقتضي أن يكون بينهما نصفين، ويغير بالشرط، ويبطل ما قاله بالمضاربة.

---

(١) ينظر: المبسوط (٢١/١٧٠)، وبدائع الصنائع (٤/٨٩).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٣٠٠)، وتبيين الحقائق (٤/٤٤).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥١)، والمبسوط (١١/١٥٨).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٧٦)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٠٧).
(٥) ينظر: المبسوط (٢٢/١٨)، وبدائع الصنائع (٦/٦٩).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٧٦)، والمهذب (٢/١٥٨).
(٧) ينظر: التجريد (٦/٣٠٩٣)، والمبسوط (١٩/٣٨).

|٦٨٦| **مَسْأَلَةٌ:** تصح الشركة من غير خلط المالين في قول علمائنا الثلاثة[١].

**وقال: لا تجوز**[٢].

لأن كل واحد منهما يوكل لصحابه بأن نصف ما يشتريه يكون له[٣]، ولو وكل أحدهما الآخر أن يشتري له بالدراهم ووكله الآخر أن يشتري له بالدنانير صح[٤]، فكذلك إذا عقد الشركة على هذا الوجه.

ولأنه يستفيد التصرف بالعقد لا بالخلط؛ إذ لو وجب له عند الخلط لم يَعدُ تصرف كل واحد منهما نصيبه، كما لو اختلط مالهما، فلما كان لكل واحدٍ منهما التصرف في نصيب شريكه دل على أنه استفاده بالعقد[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الشركة مأخوذة من الاشتراك ولم يشترك المالان فلم تَحصل الشركة.

❁ **قِيلَ**: هما عقدا على الربح واشتركا فيه، فقد حصل معنى الشركة[٦]، ويبطل بالمضاربة[٧]: هي نوع شركة، ورأس المال من قبل أحدهما، ولا يحصل فيه اختلاط، ولو عقدا الشركة على عروض تختلط لم يصح[٨]، فدلّك على أنه لا يُعتبر فيه الاختلاط.

---

(١) ينظر: التجريد (٦/٣٠٤٧)، ومختصر القدوري (ص: ١١١).
(٢) ينظر: البيان للعمراني (٦/٣٦٧)، والمجموع شرح المهذب (١٤/٦٩).
(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٣١٦).
(٤) ينظر: المبسوط (١١/١٥٣)، وتبيين الحقائق (٣/٣٢٣).
(٥) ينظر: المبسوط (١١/١٦٢)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١١).
(٦) ينظر: التجريد (٦/٣٠٤٧)، والمبسوط (١١/١٥٥).
(٧) ينظر: التجريد (٦/٣٠٥٦).
(٨) ينظر: التجريد (٦/٣٠٤٦)، وتبيين الحقائق (٣/٣١٨).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: موجب العقد أن ما يتلف يتلف على الحقين، ولا يحصل هذا قبل الخلطة[١].

۞ **قِيلَ**: الهلاك يُبطل العقد فلم يكن موجبه[٢]، ويبطل بالمضاربة.

|٦٨٧| **مَسْأَلَةٌ:** للشريك والمضارب أن يوكلا[٣].

**وقال:** ليس لهما ذلك[٤].

لأنهما في العرف والعادة يتصرفان بأنفسهما وبغيرهما، فاقتضاه إطلاق الإذن كالوصي[٥]، وأما الوكيل فإنه يختص، ولو اختلفا فيما أُذن له فيه كان القول قول الموكل، وتصرف المضارب يقع عامًّا[٦]؛ بدليل أن رب المال لو ادعى تخصيص الإذن كان القول قول المضارب[٧]، ومن عموم التصرف تصرفه بنفسه وبغيره، وفي الوكيل لو فوض الرأي إليه وقال: اصنع ما شئت، وعمّ الإذن كان له أن يوكل[٨]، فإذا كان الإذن يقع ها هنا عامًّا كان له التوكيل أيضًا، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (١٨٨/٥)، وأسنى المطالب (٢٥٤/٢).

(٢) ينظر: التجريد (٢٥٤٨/٥).

(٣) ينظر: التجريد (٣٠٦٠/٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١١/٣).

(٤) جمهور الشافعية على جواز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه، كالسلم، والصرف، والتولية، وغيرها، ينظر: المهذب (١٦٢/٢)، والشرح الكبير (٢٠٧/٥).

(٥) ينظر: التجريد (٣٠٦٠/٦).

(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٤٧/٣)، وتبيين الحقائق (٧٥/٥).

(٧) ينظر: والتجريد (٣٦٦٤/٧) تبيين الحقائق (٧٥/٥).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٦٩/٦)، وتبيين الحقائق (٥٧/٥).

# كتَابُ المضَارَبَة

|٦٨٨| نفقة المضارب إذا سافر في مال المضاربة(١).

وروى البويطي عنه: أنها لا تجب(٢).

لأنه سلم نفسًا منتفعاً بها على العقد ولا عوض عن التسليم فاستحق النفقة كالزوجة(٣)، وما دام في مصره فهو باقٍ على اللبث الأول(٤) كما كان قبل العقد فلم يحصل تسليم النفس على العقد فصار كالزوج إذا وطئ المرأة في بيت أبيها فإنها لا تستحق النفقة(٥)، كذلك هذا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يستحق جزءًا من الربح فلا يستحق معه نفقة، كما لو كان في المصر(٦).

❁ **قِيلَ**: الربح يستحق بالعمل(٧)، والنفقة بتسليم النفس(٨)، وإنما يحصل ذلك بالسفر فلذلك استحقت النفقة.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٧١)، والتجريد (٧/٣٥١٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٣١٨)، والمجموع شرح المهذب (١٤/٣٧٢).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٢/٦٤)، والبناية شرح الهداية (١٠/٨٩).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٧١)، والمبسوط (٢٢/٦٢).

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة (٢/٨٦)، ومجمع الأنهر (١/٤٨٩).

(٦) قال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: لا نفقة له قولا واحدا على ما رواه البويطي. ينظر: الحاوي الكبير (٧/٣١٨)، والمجموع شرح المهذب (١٤/٣٧٢).

(٧) ينظر: التجريد (٦/٣٠٥٢)، والمبسوط (١١/١٥٧)، وتبيين الحقائق (٣/٣٢١).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٩)، والبناية شرح الهداية (٥/٦٦٧).

|٦٨٩| **مَسْأَلَةٌ:** تجوز المضاربة إلى مدة[١].

**وقال:** العقد باطل[٢].

لأنه توكيل فجاز توقيته[٣]، كما لو قال: «وكلتك بشراء كذا اليوم».

ولأنه يجوز توقيت أوله؛ إذ لو قال: «إذا جاء غدًا فاعمل بهذا مضاربة» جاز كما قلنا، ودليلنا عليه في التوكيل يجوز تعليقه بالخطر[٤]، فكذلك يجوز توقيت آخره.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** «ضرب المدة في العقود الجائزة يبطلها كالوكالة والشركة»[٥]، قد بينا فساد قوله، والتوقيت فيما استشهد به جائز.

## فَصْل

وكذلك لو قال: لا تشتر من فلان فإنه يجوز[٦].

**وقال:** لا يجوز[٧].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٥٠٩/٧)، وحاشية ابن عابدين (٣١٢/٤).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٨/٤)، والمجموع شرح المهذب (٣٧٠/١٤).

(٣) احتج الحنفية بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم»، أخرجه البخاري (٩٢/٣) معلقا، وأبو داود (٣٥٩٤)، ووصله الدارقطني (٢٨٩٣)، والحاكم في المستدرك (٢٣١٠)، وقال الذهبي في: تنقيح التحقيق (٨٠/٢): «لم يصح هذا». وقال الألباني في السلسلة الصحيحة (٢٩١٥): «حديث صحيح بمجموع طرقه».

(٤) ينظر: الجوهرة النيرة (٣٠٤/١)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٢٠٨/٦).

(٥) ينظر: النجم الوهاج (٢٦٥/٥)، وأسنى المطالب (٣٨٢/٢).

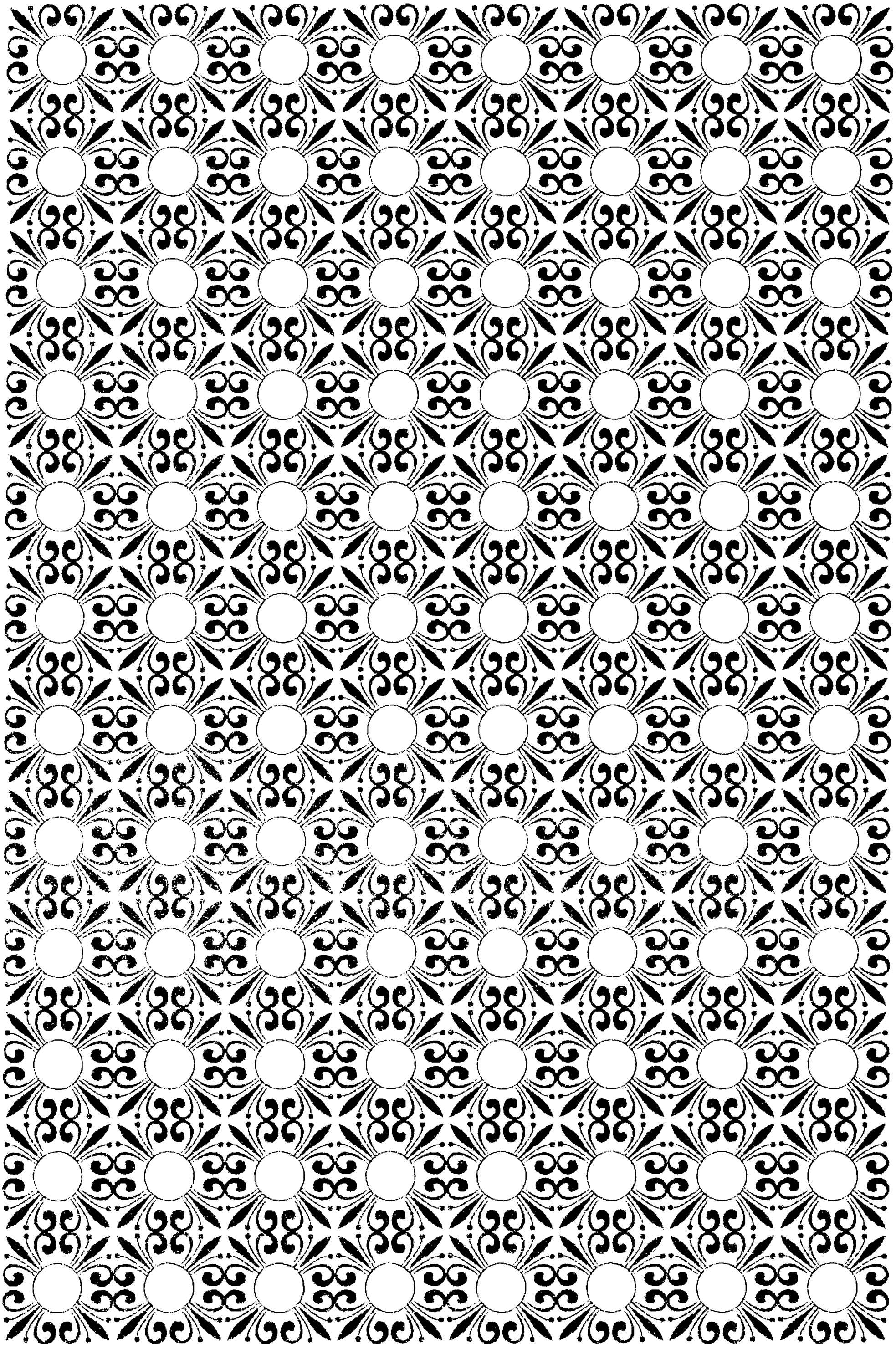
(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٥٩/٥)، ومجمع الأنهر (٣٢٥/٢).

(٧) ينظر: مختصر المزني (٢٢١/٨)، وبحر المذهب (٨٢/٧).

لأنه توكيل فجاز تخصيصه بهذا النوع كالتوكيل بالشراء[1]، ويجوز أن يكون إطلاق المضاربة مقتضيًا الشراء ممن أحب ويقيده بالتخصيص[2]، كما قلنا في التوكيل، وبالله التوفيق.

❋ ❋ ❋

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٥٩)، ومجمع الأنهر (٢/٣٢٥).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٥٩)، ومجمع الأنهر (٢/٣٢٥).



# كتاب المأذون

|٦٩٠| إذا أذن لعبده في نوع صار مأذونًا في التجارات كلها في قول علمائنا الثلاثة[(١)].

**وقال:** يختص لما خص به[(٢)].

لأنه يتصرف لنفسه بفك الحجر[(٣)]، بدليل أن ما يلزمه[(٤)] من ضمان لا يرجع به على المولى، فلا يختص بنوع من التجارة، كما لو أعتق عبده[(٥)]، أو بلغ الصبي[(٦)]، أو سلّم البائع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن ليتصرف فيه بنوع واحدٍ[(٧)]، وقال المخالف: المأذون في النكاح مأذون في اكتساب المهر والنفقة[(٨)] فكذلك ها هنا وجب أن لا يختص، والنكاح لا يدخل في رفع الحجر؛ لأن المأذون في التجارة لا يتزوج[(٩)]، وإنما فك حجره في التجارات[(١٠)]، وهذا ليس بتجارة[(١١)]، وأما إذا قال: اشتر بدرهم لحمًا أو اشتر ثوبًا من فلان فأقطعه

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٨/٤٩٦)، والتجريد (٧/٣٥٣٥).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٥/٤٧٧)، وروضة الطالبين (٣/٥٦٩).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٥/٢).

(٤) كتب فوقها في الأصل: «يلحقه».

(٥) ينظر: التجريد (٧/٣٥٣٥)، والمبسوط (٢٥/١٧ و١٥٦).

(٦) ينظر: المبسوط (٢٥/٤١ و١٠٢)، والجوهرة النيرة (١/٣٦٦).

(٧) ينظر: المبسوط (٨/٤٦)، والجوهرة النيرة (١/٣٦٦).

(٨) ينظر: الأم للشافعي (٥/٤٥)، والحاوي الكبير (٩/٧٥)، وبحر المذهب (٩/٧٢).

(٩) التجريد (٧/٣٥٣٥).

(١٠) ينظر: المبسوط (٢٥/٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٩٤).

(١١) لأن التجارة معاوضة المال بالمال، والنكاح معاوضة البضع بالمال. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٤).

قميصًا لنفسك فإنه لم يجعله إذنًا في التجارة استحسانًا[1]؛ لأنه نوع استخدام في العادة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يتصرف بالإذن فوجب أن يختص كالوكيل[2].

❁ **قِيلَ**: الوكيل يتصرف للموكل[3] بدليل أن ما يلحقه من ضمان يرجع عليه فيختص تصرفه بما يخصه به.

|٦٩١| **مَسْأَلَةٌ**: إذا رأى عبده يبيع ويشتري فلم ينهه صار مأذونًا في قول علمائنا الثلاثة[4].

**وقال**[5]: لا يصير.

لأنه يتصرف لنفسه بفك الحجر[6]، فإذا عقد على حق المولى وسكت مع القدرة على منعه منه كان رضًا منه، والدليل عليه: المشتري إذا باع الدار المشترى والشفيع ينظر إليه[7].

ولأن الإذن إسقاط حجر وإباحة؛ بدليل: أنه لا يرجع فيه بالضمان فصار كتقديم الطعام يكون إباحة[8] وإن لم ينطق به.

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٨٥)، وتبيين الحقائق (٥/٢٠٥).
(٢) ينظر: بحر المذهب (٥/٨٢)، والتهذيب (٣/٥٥٦).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨١)، وتبيين الحقائق (٥/٢٠٥).
(٤) وخالف زفر فلم يعتبره إذنا بحال. ينظر: تبيين الحقائق (٥/٢٠٤)، ومجمع الأنهر (٢/٤٤٦).
(٥) ينظر: بحر المذهب (٥/٨٢)، والشرح الكبير (٤/٣٦٧).
(٦) ينظر: المبسوط (٢٥/١٨)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٢٨٧).
(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٥٠١).
(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١١٢)، وحاشية ابن عابدين (٢/٢٩٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: تصرف العبد إما أن يكون علىٰ جهة الوكالة[1] أو المضاربة[2]، وواحد منهما لا ينعقد بالسكوت.

۞ **قِيلَ**: العبد لا يرجع علىٰ المولىٰ بالضمان[3] كما يرجع الوكيل والمضارب، فلم يكن تصرفه علىٰ أحد هاتين الجهتين، وإنما كان تصرفه بنفسه كتصرف المشتري الذي بينا، وللمولىٰ فيه حق، وقد يبطل بالسكوت كحق البِكر، وحق المشتري في الرد بالعيب إذا سكت عليه ولم يرده[4].

|٦٩٢| **مَسْأَلَةٌ:** المأذون يُباع في دينه[5].

**وقال:** لا يباع[6]، ويقال لمولاه: أدفعه أو افده.

لأن هذا دين لزمه لسبب[7] لا حجر عليه فيه فصار كما لو استهلك مالاً.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: التاجر لا يباع في تجارته كالحر[8].

۞ **قِيلَ**: لو أُخذ من الحر ما يمكن قضاء دينه منه وهو ديته قُضي[9]، فإذا

(١) ينظر: المهذب (٢/١٦٤)، ونهاية المطلب (٧/٣٨).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٧/٣٨)، والنجم الوهاج (٥/٢٧٠).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٩/١٢٢)، وبدائع الصنائع (٧/٢٦٢).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٥/١٨٥)، وتبيين الحقائق (٤/٢٨٥).

(٥) ويباع كسبه بالإجماع. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٢٨٩)، وتبيين الحقائق (٥/٢٠٩).

(٦) ينظر: البيان للعمراني (٧/٢٤٠)، وتحفة المحتاج (٥/٣٥٧).

(٧) فديونه متعلقة برقبته فيباع للغرماء إلا أن يفديه المولىٰ. ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤١)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٢٨٩).

(٨) ينظر: نهاية المطلب (٦/٤٠٧)، والنجم الوهاج (٤/٣٧٨).

(٩) حيث يستوفي دينه من بدل نفسه وهو هنا ديته. ينظر: تبيين الحقائق (٥/٢٠٩)، والبحر الرائق (٨/١٠٦).

أمكن القضاء من عين للعبد في المال وجب أن يقضىٰ ، وما يجب بالجناية يجب محمولًا علىٰ العاقلة كجناية الحر[١] فلم يثبت الحق في عينه فلا يقضىٰ منه ، وأما الدين معلقٌ بعينه وذمته لأنه هو العاقد فيعلق حق العقد به ويتبع به بعد عتقه[٢] ، فدل علىٰ ثبوت حقه في ذمته فجاز أن يُقضىٰ ، كالدين لما تعلق بالرهن جاز قضاؤه.

|٦٩٣| **مَسْأَلَةٌ:** المأذونة إذا ولدت بعد وجوب الدين عليها بيع ولدها في قول علمائنا الثلاثة[٣].

**وقال:** لا يباع[٤].

لأن الحق ثبت في عينها[٥] بدليل أنه يتحول إلىٰ قيمتها ، ولا يجب محمولًا فسرىٰ إلىٰ الوكالة كالكتابة ، ولا يسري الدين المتأخر في الولاد المتقدم ، فلا يباع من ولدته قبل لزوم الدين في ذمتها[٦] ، وأما الهبة فإنه كسب لها ، والمولىٰ رضي بقضاء دينها من كسبها ، فسواء الكسبته قبل لزوم الدين أو بعده فلها أن تقضي منه ، كمال التجارة[٧].

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٦/٤٥٦)، والمبسوط (٢٦/٢٦).
(٢) فديونه متعلقة برقبته: يباع للغرماء إلا أن يفديه المولىٰ ويقسم ثمنه بينهم بالحصص فإن فضل من ديونه شيء طولب به بعد الحرية. ينظر: الأصل للشيباني (٩/١٧٠)، ومختصر القدوري (ص: ١٤١).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٨/٥٤١)، والمبسوط (٢٥/٥٤).
(٤) ينظر: الشرح الكبير (٤/٣٧١)، وأسنىٰ المطالب (٢/١١٣).
(٥) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٥٣)، والبحر الرائق (٨/١٠٧).
(٦) ينظر: الجوهرة النيرة (١/٣٦٩)، والبحر الرائق (٨/١٠٧).
(٧) ينظر: الجوهرة النيرة (١/٣٦٩)، والبحر الرائق (٨/١٠٧).

وولد الجانية لا يُدفع ؛ لأنا قلنا: أن ما يجب بالجناية محمول ، فلم يستقر الحق في الرقبة فلا يسري إلى الولد.

|٦٩٤| **مَسْأَلَةٌ:** للمأذون أن يؤاجر نفسه[١].

**وقال:** ليس له ذلك[٢].

لأنه بالإذن ملك صرف منفعته إلى هذه الجهة ، والإجارة تجارة[٣] ، ويجوز بقاء الإذن معه ، فجاز له أن يعقد عليه ؛ دليله: إجارة عبد في يده[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الإذن إذا لم يشتمل على التصرف في عين مال العبد لم يشتمل على التصرف في منافعه[٥].

❁ **قِيلَ**: عبد آخر[٦] ، ثم يجعل له التصرف فيه ، ولا يملك قضاء الدين من بدل منافعه ـ وهو كسبه[٧] ـ فلذلك لا يؤاجره ، ولو جوزنا بيع رقبته صار محجورًا عليه[٨] ، فيوجد مع البيع ما يوجب بطلانه ، فلذلك لا يصح.

---

(١) ينظر: التجريد (٣٥٤٧/٧) ، والمبسوط (٦/٢٥).
(٢) ينظر: الوسيط في المذهب (١٩٦/٣) ، والبيان للعمراني (٢٤١/٧).
(٣) لأن التجارة تبادل المال بالمال والإجارة كذلك ، ولهذا يملكها المأذون ، وإنه لا يملك ما ليس بتجارة ، فثبت أن الإجارة تجارة. ينظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٤) ، والمحيط البرهاني (١١١/٤).
(٤) ينظر: التجريد (٣٥٤٧/٧) ، وتحفة الفقهاء (٢٨٩/٣).
(٥) ينظر: الشرح الكبير (٣٦٦/٤) ، ومغني المحتاج (٥١٦/٢).
(٦) أي أن المأذون له في التجارة له مؤاجرة عبد آخر ثم يجعل له التصرف فيه. ينظر: الأصل للشيباني (٤٩٦/٨) ، الاختيار لتعليل المختار (١٠١/٢).
(٧) ينظر: التجريد (٣٥٤٧/٧) ، والبناية شرح الهداية (١٥٧/١١).
(٨) ينظر: الأصل للشيباني (٣٨١/١١) ، والتجريد (٣٥٤٧/٧).

|٦٩٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أبق المأذون صار محجورًا عليه[١].

**وقال:** لا يصير[٢].

لأنه بالبيع والشراء يوجب الحق في رقبته[٣]، والمولىٰ لو أراد إيجاب الحق في رقبته ببيعه بعد إباقه لم يقدر عليه[٤]، فكذلك هو لا يقدر علىٰ إيجابه من قبل المولىٰ.

**فَإِنْ قِيلَ:** الاستعصاء علىٰ السيد إذا لم يُزِل عنه الرق لم يَزُل به الإذن؛ دليله لو أمره بشيء فعصاه.

**قِيلَ:** الموجب للحجر ما ذكرتُ[٥] لا عصيانه، ثم هذا النوع من العصيان لا يمنع بيع المولىٰ فلا يمنع تصرفه، وبالله التوفيق.

---

(١) صار محجورا عليه استحسانا. ينظر: التجريد (٣٥٤٥/٧)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢٩١/٤)، والجوهرة النيرة (٣٦٨/١)، وفي القياس لا يصير محجورا عليه، وهو قول زفر؛ لأن ما به صح إذن المولىٰ وهو قيام ملكه في رقبته لا ينعدم بالإباق؛ لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن، فلا ينافي البقاء بطريق الأولىٰ. وقال أبو يوسف لا يصير محجورا. ينظر: المبسوط (٢٣/١١)، وتحفة الفقهاء (٢٩٢/٣).

(٢) ينظر: الغرر البهية (٤٠/٣)، ومغني المحتاج (٥١٧/٢).

(٣) يعني لمولاه؛ لأنه مالك لرقبته بعد إباقه. ينظر: المبسوط (٢٧/١١).

(٤) لأن بيع الآبق من الغرر والغرر لا يجوز. ينظر: الأصل للشيباني (٣٧٤/٩)، والتجريد (٢٦٦٠/٥).

(٥) يعني: إباق المأذون.

# كتاب الكفالة

|٦٩٦| الكفالة بالنفس جائزة[١].

**وعلى أحد قوليه**[٢]: لا تجوز في الأموال.

وفي الحدود: لا تجوز قولًا واحدًا[٣].

قال الله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ﴾ [يوسف: ٦٦]، وقال تعالى: ﴿فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ﴾ [يوسف: ٧٨]، وقال: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، ولم يثبت نسخ هذا في شريعتنا، وقال ﷺ: «الزعيم غارم»[٤]، وفي حديث ابن مسعود في أصحاب ابن نواحة أنه كفلهم عشائرُهم ونفاهم إلى الشام[٥] وذلك بحضرة جماعة من الصحابة، مثل الأشعث، وعَدي بن حاتم، وجرير ابن عبد الله، ومثله عن حمزة بن عمرو الأسلمي[٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الذي روي عن ابن مسعود كفالة بحد[٧].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٠١٤/٦)، والمبسوط (١٦٢/١٩).

(٢) أي: الشافعي.

(٣) ينظر: مختصر المزني (٤٢٣/٨)، والحاوي الكبير (١٢٩/١١)، ومختصر القدوري (ص: ١١٨)، والجوهرة النيرة (٣١٢/١).

(٤) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥). وقال: «حسن».

(٥) أخرجه أحمد (٣٦٤٢)، وأبو داود (٢٧٦٢)، قال أحمد شاكر في تعليقه على مسند أحمد (٥٢٥/٣): إسناده صحيح.

(٦) ينظر: التجريد (٣٠١٦/٦)، والمبسوط (١٦٣/١٩).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٤٦٢/٦)، والأم للشافعي (٢٣٥/٣).

۞ قِيلَ: يدل هذا على جواز الكفالة بالنفس في الجملة[١].

ولأن الحضور مضمون عليه تصح النيابة فيه فجاز أن يقيم غيره مقامه كالمال.

ولأن تسليم النفس يُستحق بعقد وهو الإجارة[٢] فصحت الكفالة به كالمال[٣].

❊ فَإِنْ قِيلَ: إذا كفل بنفسه بغير إذنه لم يمكنه الوفاء بموجَب عقده؛ إذ لا يكون له طلب المكفول به بالخصومة معه لتُخلّصه من الكفالة فوجب أن يبطل العقد، كما لو باع آبقًا، أو تزوج بمن لا تحل له[٤]، فإذا ثبت أنه لا يصح بغير إذنه لم يصح وإن أذن له فيه أيضًا؛ إذ لا فاصل[٥].

ولأن الضمان إذا لم يصح عن تبرع لم يصح عن إذن، كضمان الودائع والأمانات[٦].

۞ قِيلَ: إحضاره ممكن وإن لم يكن له مطالبته به[٧]، وقد يُكرِهه على الحضور، فقد أمكنه الوفاء بما يضمنه بعقده، وإنما يُعتبر الإمكان لا وجوب الطلب به، كما لو أقر عليه بمال، أو تكفل عنه بغير إذنه فإنه يجوز[٨]، وإنما لا

---

(١) ينظر: التجريد (٦/٣٠١٦)، والمبسوط (١٩/١٦٣).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (٧/٥٨٦)، وتبيين الحقائق (٥/١٣٤).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٠/١٠٣)، وبدائع الصنائع (٦/٧).

(٤) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٠/٢٣٧)، وكفاية النبيه (١٣/٢٢٠).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٦٣).

(٦) ذهب الحنفية إلى بطلان ضمان الودائع والأمانات وقالوا بأنها غير مضمونة. ينظر: تبيين الحقائق (٤/١٥٨) ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٢٥٢).

(٧) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٤٣)، وتبيين الحقائق (٤/١٤٧).

(٨) ينظر: التجريد (٦/٣٠١٩).

يصح أخذ الكفيل بالحد لأنه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل[١]، إذ المستوفَىٰ منه لا يكون حدًّا[٢]، وكذلك لا يصح أخذ الرهن به لأنه لا يمكن استيفاؤه من الرهن، وأن يَبرأ الكفيل بموت المطلوب لا يدل علىٰ أن العقد لم يصح في الأصل[٣] كما تبطل الإجارة بموت العبد[٤]، ويرتفع النكاح بموت أحد الزوجين[٥] وكان العقد صحيحًا.

|٦٩٧| **مَسْأَلَةٌ:** لا تصح الكفالة من غير قبول المكفول له في قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف الأول[٦].

**وقال:** تجوز[٧].

لأن هذا إيجاب ضمان بعقد فلا يجوز إلا بقبول من أُوجب له، كالبيع وسائر العقود[٨].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لم يُرو في خبر أبي قتادة قبول المكفول له[٩].

❁ **قِيلَ:** احتمل أن ذلك كان إخبارًا عن كفالة ماضيةٍ بقبول.

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٩٢/٣)، والعناية شرح الهداية (١٩٧/٧).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (١٥٨/٤).

(٣) ينظر: التجريد (٣٠٢٠/٦)، والمبسوط (١٧٠/١٩).

(٤) ينظر: المبسوط (١٥٣/١٥)، وتبيين الحقائق (١٤٤/٥).

(٥) ينظر: المبسوط (١٥٤/١٥)، وتبيين الحقائق (١٤٥/٥).

(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٩٢/٣)، والعناية شرح الهداية (٢٠١/٧).

(٧) ينظر: المهذب (١٤٧/٢)، والبيان للعمراني (٣١١/٦).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق (١٥٩/٤).

(٩) ينظر: المهذب (١٤٨/٢)، والبيان للعمراني (٣١١/٦).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** إيجاب وليس فيه استيجاب فلا يكون القبول شرطًا فيه كالإقرار.

❁ **قِيلَ:** يبطل بالهبة، والإقرار لا يجب الحق به وإنما هو إخبار عن ماضٍ، فإن كان حقًّا فالوجوب بالأول، وإن لم يكن لم يجب الحق أصلًا، وأما إذا قال المريض للورثة اكفلوا عني فإنه يصح(١)؛ لأن للميت حقًّا في قضاء دينه بعد موته فصار كأن قبول من له الحق في القضاء قد وجد.

|٦٩٨| **مَسْأَلَةٌ:** تعليق الكفالة بخطر جائز(٢)، مثل أن يقول: ما وجب لك على فلان فهو عليّ.

**وقال:** لا يجوز(٣).

قال الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ﴾ [يوسف: ٧٢]، وذلك تعليق بخطر.

وروي أن عليًا وكل عقيلًا بالخصومة(٤)، وقال: ما قُضي على وكيلي فهو عليّ، وما قُضي له فهو لي(٥).

---

(١) استحسانا، وإن كان القياس يأباه على قولهما. ينظر: مختصر القدوري (ص: ١١٩)، وتبيين الحقائق (٤/١٥٩)، بحر المذهب (٥/٤٦٦)، البيان للعمراني (٦/٣١١).

(٢) ينظر: المبسوط (١٩/١٧٤ و١٧٦)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٧/١٧٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٦٧)، والتهذيب (٤/١٩١).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٣٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٤٣٧)، من طريق محمد بن إسحاق. قال الألباني في إرواء الغليل السبيل (١٤٦٥): «هذا سند ضعيف، ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه، وجهم بن أبي الجهم مجهول».

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٢)، والبناية شرح الهداية (٩/٢٢٠).

ولأنه أضاف الضمان إلىٰ سبب موجب فصح[١]، كما لو قال: ألق مالك في البحر[٢] علىٰ أني ضامن، أو ضمن نفقة ابنه سنين ـ ذكر المزني المسألتين في المختصر[٣] ـ أو ضمن نفقة امرأته، أو ضمن الدرك، والبائع يكون ضامنًا الدرك ويجوز[٤]، ويقول الإمام من قتل قتيلًا فله سلبه، أو من دلنا علىٰ كذا فله كذا[٥]، أو يقول المولىٰ بايعوا عبدي[٦]، فيكون بالإذن موجِبًا القضاء من ملكه، وملتزمًا ضمانًا في ملكه[٧]، ويجوز في جميعه وهو تعليق.

ولأنه عقد إعانة وتخليص فأشبه الكتابة، يقول المولىٰ فيها: إذا أديت إلي ألفًا فأنت حر[٨].

❊ **فَإنْ قِيلَ**: الضمان توثيق الحق به[٩]، وهو يقتضي حقًّا ثابتًا فيؤكد بغيره، فإذا لم يكن ثابتًا لم يصح[١٠]، كما لو كفل برأس المال بعد الافتراق.

۞ **قِيلَ**: يبطل بما ذكرتهُ من قوله: ألق مالك في البحر علىٰ أني ضامن[١١]،

---

(١) ينظر: التجريد (٦/٣٠٠١)، والمبسوط (٢٠/١٠٣).
(٢) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٠٦)، والمهذب (٢/١٤٩).
(٣) لم أقف عليهما في المختصر.
(٤) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٠٦)، والمجموع شرح المهذب (١٤/٣٦).
(٥) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار (ص: ٥٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٦/٩٥).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٩٣)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٦٧)، والجوهرة النيرة (١/٣٦٦).
(٧) ينظر: المبسوط (١٦/٢٩)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٩/٨).
(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٥/١٥٠)، ومجمع الأنهر (١/٥٢٨).
(٩) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٨٢)، والمهذب (٢/١٤٨).
(١٠) ينظر: منهاج الطالبين (ص: ١٢٩)، والنجم الوهاج (٤/٤٨٧).
(١١) ينظر: التهذيب (٧/١٨٩)، والغرر البهية (٥/٧٠).

وبضمان النفقة[1] ، على أن الكفالة عقد وثيقة متبرعة ، فإذا وجب المال صار وثيقة به ، كما يعقد عقد الرهن وهو عقد وثيقةً فيصح[2] ، ولا يصير وثيقةً بالمال إلا بعد التسليم.

|٦٩٩| **مَسْأَلَةٌ:** يصح ضمان المجهول[3].

**وقال:** لا يصح[4].

لأن الله تعالى قال: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: ٧٢] ، وذلك يختلف.

ولأنه عقد ثبت من غير ذكر العوضين فجاز مع الجهالة ، كالنكاح الواقع بمهر المثل.

ولأنه يوجب الحق به في ذمته من غير شرط عوض فأشبه الإقرار ، ولو كفل بما بين عشرة إلىٰ مائة صح وهو مجهول ؛ بدليل أن البيع بمثله لا يصح ، والذمة محل لوجوب المجهول[5] والمعلوم فيها ، كما لو أتلف شيئًا لا يعرف قدره ، أو أقر بشيء ، كذلك هذا.

---

(١) كل موضع أضاف الضمان إلىٰ ما هو سبب للزوم المال فذلك جائز ، وكل موضع أضاف الضمان إلىٰ ما ليس بسبب للزوم فذلك باطل ، كقوله إن هبت الريح فما لك علىٰ فلان فعلي. ينظر: المبسوط (١٠٣/٢٠) ، وحاشية ابن عابدين (٣٠٧/٥).

(٢) ينظر: التجريد (٢٨٥٥/٦) ، والمبسوط (٦٣/٢١).

(٣) ينظر: التجريد (٢٩٩٦/٦) ، وتبيين الحقائق (١٥٣/٤).

(٤) لأنه التزام ، فلم يصح مجهولا كالثمن في البيع وهو قول الشافعي في الجديد ، وفي القديم يصح. ينظر: الحاوي الكبير (٤٥١/٦) ، والمهذب (١٤٩/٢).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٧/٥) ، والبناية شرح الهداية (٤٣٧/٩).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: التزام المال في الذمة بالعقد الموضوع لا يصح إلا بعد معرفة المال، كالتزامه بعقد البيع[١].

۞ **قِيلَ**: يبطل بمهر المثل، وكفالة ما بين عشرة إلىٰ مائة، وتحتمل الكفالة من التعليق والجهالة ما لا يحتمل البيع[٢]، فلذلك كان الإعلام في البيع شرطًا.

|٧٠٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا مات معدمًا وعليه دين لم تصح الكفالة عنه بذلك الدين في قول أبي حنيفة[٣].

**وقال: تصح**[٤].

لأن الدين في الذمة فإذا مات سقطت الذمة وتحول الحق إلىٰ العين؛ بدليل سقوط الأجل، فإذا لم يجد عينًا يتحول إليها سقط فلم تصح الكفالة به[٥]، كما لو أبرأه عنه ثم كفل به.

ولأن الطلب سقط به لا إلىٰ غاية، فإذا لم يتوجه به طلب آدمي لم تصح الكفالة به، كالزكاة[٦] والعُشر وأما العبد المحجور والمعسر فالطلب يتوجه به في الثاني لآدمي.

---

(١) ينظر: المهذب (١٤٩/٢)، والشرح الكبير (١٥٦/٥).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (١٣/٥)، وقرة عين الأخيار (٢٥٨/٨).

(٣) فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده، وعند أبي يوسف ومحمد تصح. ينظر: التجريد (٣٠٠٢/٦)، وبدائع الصنائع (٦/٦).

(٤) ينظر: المهذب (١٤٧/٢)، والبيان للعمراني (٣٠٤/٦).

(٥) ينظر: التجريد (٣٠٠٤/٦)، وبدائع الصنائع (٦/٦).

(٦) ينظر: التجريد (٣٠٠٧/٦)، وفتح القدير (١٨٠/٧).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أنه أُتي بميت فقال ﷺ: «أعليه دين؟»، فقالوا: نعم ديناران، فقال: «صلوا علىٰ صاحبكم»، فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله، فصلىٰ عليه رسول الله[1][2].

❁ **قِيلَ**: امتناعه من الصلاة عليه دليله علىٰ أنه كان آثمًا بترك القضاء، ولا يكون ذلك إلا بعدما يكون عنده وفاؤه، وإنما صلىٰ عليه النبي ﷺ بعد ضمانه؛ لأنه صار في ذمة أخرىٰ مثل الذمة الأولىٰ[3]، وتوثَّق حق صاحب الحق به، وقرب من القضاء، فخف الأمر فيه فصلىٰ، ويحتمل أن ذلك كان إخبارًا عن كفالة ماضية[4]، كما يقول الرجل: عليّ ألف وصلاة وصوم، ويريد به وجوبًا سابقًا، علىٰ أن ذلك لم يكن كفالة وإنما كان وفاءً[5]؛ بدليل ما روي أن النبي ﷺ قال لأبي قتادة: «بالوفاء؟» قال: بالوفاء[6].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الحق لازم لم يسقط بالموت[7]؛ لأنه يلقىٰ الله تعالىٰ وعليه دين[8]، وإنما وقع العجز فسقط الطلب، وصار كالعُسرة في حال الحياة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٩)، ومسلم (١٦١٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٥٥)، والمهذب (٢/١٤٧).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٢٢٩)، والتجريد (٦/٢٩٩٢).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٠/١١٠)، والعناية شرح الهداية (٧/٢٠٧).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٠/١١٠)، والعناية شرح الهداية (٧/٢٠٧).

(٦) أخرجه أحمد (٢٢٥٧٢)، وابن ماجه (٢٤٠٧)، والترمذي (١٠٦٩)، والنسائي (١٩٦٠). وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح». وقال الألباني في أحكام الجنائز (١/٨٥): «إسناده صحيح علىٰ شرط مسلم».

(٧) ينظر: المجموع شرح المهذب (٩/٢١١).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٥٤)، وبحر المذهب (٥/٤٨٩).

۞ **قِيلَ**: لا نسلم بقاء الحق[١]، ومتىٰ لم يُفرِّط في الأداء لقي الله تعالىٰ ولا شيء عليه، والله أعلم.

وسقوط الطلب به أبدًا دل علىٰ سقوط الحق[٢]، ولم يسقط عن المعسر وإنما تأخر، علىٰ أنه لا يمنع من ملازمة في الحال فهو طلب، وأما إذا كان به كفيل في حال الحياة فإن الكفيل لا يَبرأ؛ لأن ذمة الثانية خلَف الأول، فصار كما لو خلّف عينًا، علىٰ أن الدين يسقط حكمًا من غير رضا المستحق، وذلك لا يمنع وجوبه علىٰ الثاني، كما لو أحال بالدين.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لما صح التبرع عنه بالأداء وإبراؤه دل علىٰ بقاء الحق[٣].

۞ **قِيلَ**: لا يصح ذلك[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو ظهر له مال بعد ذلك لِمَ يؤخذ به؟

۞ **قِيلَ**: علمنا أنه لم يكن معدمًا، وأن الحق كان بقي فعمل الإبراء فيه[٥]، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

---

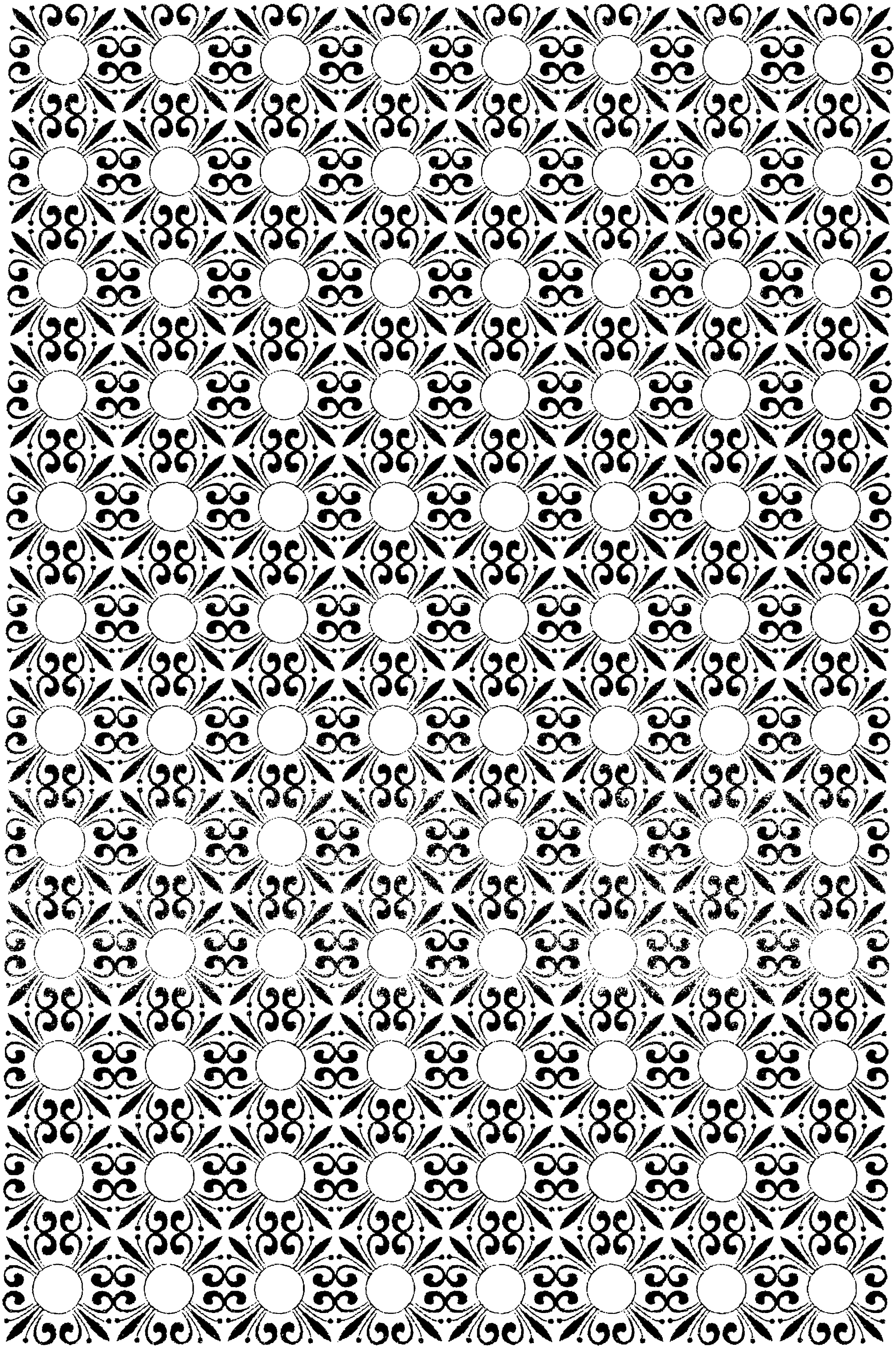
(١) ينظر: التجريد (٦/٣٠٠٤)، والمبسوط (٢٠/١٠٩).

(٢) قال القدوري: (الدين عندنا يسقط في أحكام الدنيا بسقوط المطالبة ولعدم محله، وهو باقٍ في أحكام الآخرة، والعقوبة تلحقه للتفريط الذي كان منه). ينظر: التجريد (٦/٣٠٠٥).

(٣) ينظر: أسنىٰ المطالب (٢/٢٤٧)، والغرر البهية (٣/١٦٣).

(٤) ينظر: التجريد (٦/٣٠٠٦)، وبدائع الصنائع (٦/٦).

(٥) قوله: «فعمل الإبراء فيه» كتب أسفله في الأصل: «فصح الإبراء عنه».



# كتَابُ الحَوالة

|٧٠١| لا تصح الحوالة من غير قبول المحتال عليه[١].

وقالوا[٢] ـ على أحد الوجهين ـ تصح.

لأن هذا إيجاب ضمان في ذمته بعقد فلا يصح إلا بقبول من يجب الضمان عليه[٣] كالكفالة[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ذمة المحتال عليه في محل السلعة التي جُعل لمالكها التصرف فيها بعقد الحوالة فلا معنى لاعتبار إذن صاحب الذمة[٥]، كما لا معنى لاعتبار إذن العبد والأمة في بيعهما[٦].

❁ **قِيلَ**: صاحب الذمة هو الذي يملك ذمته ويقدر على التصرف فيها؛ بدليل أنه يوجب الحق فيه بإقراره[٧] وغيره، ولا يقدر المُحيل على التصرف فيما في ذمة غيره، ويستحيل أن تُجعل ذمة غيره في يده[٨]، والذمة لا يُقدر على تسليمها فلم تجعل كسلعة في يده.

---

(١) ينظر: التجريد (٦/٢٩٨١)، والعناية شرح الهداية (٧/٢٤٠).

(٢) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٣/٤٣٢).

(٣) أي: المحتال عليه.

(٤) ينظر: التجريد (٦/٢٩٨١)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٩٩).

(٥) وهو: المحال أو المحتال.

(٦) ينظر: المهذب (٢/١٤٤)، و(٦/٢٨٧)، والمجموع شرح المهذب (١٣/٤٣٢).

(٧) أي: رضاه؛ لأن من شروط صحة الحوالة رضا الكل بلا خلاف، إلا المحيل فلا يشترط على المختار. ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٣٤١).

(٨) ينظر: مجمع الأنهر (٢/٦١٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/٣٤٠).

|٧٠٢| **مَسْأَلَةٌ:** تصح الحوالة وإن لم يكن للمُحيل على المحتال عليه دين[١].

**وقالوا:** لا تصح في أحد الوجهين لأبي العباس[٢].

لأن هذا إيجاب ضمان في ذمته بعقد فصار كالكفالة[٣]، ولو كفل عنه ولا شيء على الكفيل جاز[٤]، كذلك هذا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** إذا لم يكن في ذمته مال فهو ضمان في الحقيقة أو توكيل فلا يصح بلفظ الحوالة[٥].

❁ **قِيلَ:** إذا عقده بلفظ الحوالة كانت حوالةً، ولو عقد بلفظ الكفالة[٦] كانت كفالة[٧]، والحوالة تحويل الحق من ذمته إلى ذمة أخرى، ويجوز أن يحول الحق إلى محل فارغ[٨]، كما يجوز أن يُحول إلى محل مشغول[٩]، فلم يجب إبطال لفظة الحوالة وحقيقتها فيه.

---

(١) ينظر: التجريد (٢٩٨١/٦)، وحاشية ابن عابدين (٣٤٧/٥).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٥١٥/٦)، والوسيط في المذهب (٢٢٢/٣)، والتهذيب (١٦٤/٤).

(٣) ينظر: التجريد (٢٩٨١/٦).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٥٧١/١٠)، والمبسوط (١٦٨/١٩).

(٥) ينظر: بحر المذهب (٤٥١/٥)، والتهذيب (١٦٤/٤).

(٦) الكفالة والحوالة يتقاربان من حيث إن كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق. ينظر: المبسوط (٤٦/٢٠).

(٧) لأن الألفاظ قوالب المعاني. ينظر: المبسوط (٤٦/٢٠)، والعناية شرح الهداية (٤٩/٩).

(٨) أي: ذمة خالية عن الدين.

(٩) أي: ذمة مشغولة بالدين.

|٧٠٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا مات المحتال عليه مفلسًا أو جحد الحوالة وحلف[١] رجع المحتال على المحيل[٢].

**وقال:** لا يرجع[٣].

وما قلناه قول عثمان نصًّا[٤].

❊ **فَإنْ قِيلَ:** روي أن المُحتال لما أراد الرجوع على علي قال له علي: «اخترت علينا أبعدك الله»[٥].

❁ **قِيلَ:** لم يرو أن المحتال عليه مات مفلسًا[٦].

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٢٠)، المبسوط (٢٠/٧٠)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٩٩).

(٢) قال الكاساني: (ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه؛ فكان إجماعا؛ ولأن الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة، والأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، قال النبي ﷺ: «الدين مقضي» إلا أنه ألحق الإبراء بالقضاء في السقوط، والحوالة ليست بقضاء، ولا إبراء، فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة). بدائع الصنائع (٦/١٨)، وينظر: المبسوط (٢٠/٧٠ و١١٨)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٧/٢٤٢)، وحاشية ابن عابدين (٥/٣٤٥).

(٣) لأن الحوالة بمنزلة القبض وقبولها متضمن للاعتراف بشروطها. ينظر: تحفة المحتاج (٥/٢٣٥). وقيل: له الرجوع إن شرط يساره. ينظر: منهاج الطالبين (ص: ١٢٨)، وتحفة المحتاج (٥/٢٣٦)، والأم للشافعي (٣/٢٣٣).

(٤) وهو قوله: «ليس على مال امرئ مسلم توى» ـ يعني حوالة ـ. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٣٩١).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٢١)، والبيان للعمراني (٦/٢٨٩). والأثر ذكره ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (٢/٢٠٤)، قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٤/١٣٨): «هذه القصة ذكرها غير واحد من أصحابنا بغير إسناد، ولم أجد لها ـ إلى الآن ـ سندا»، ورواه ابن حزم في المحلى بالآثار (٦/٣٩٤).

(٦) ينظر: التجريد (٦/٢٩٨٥).

ولأنه نقل الحق من ذمته إلىٰ ما يُستوفىٰ[1]، ففوت الاستيفاء في تلك الجهة، فوجب عود الأصل[2]، كما لو باع بالدين عبدًا فمات قبل التسليم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: العبد في ضمان البائع[3]، والطلب بالتسليم لم يسقط عنه، فيجوز أن يفوت علىٰ ضمانه، وفي مسألتنا الطلب سقط عن المحيل، فلم يبق المال في ضمانه فلا يعود عليه.

۞ **قِيلَ**: هذا باطل بأجنبي لو صالح صاحب الحق علىٰ عبد فإن الطلب سقط عن الأصيل[4]، ثم لو تلف العبد قبل التسليم عاد الحق علىٰ الأصيل كما كان[5]، وكذلك لو تبرع بقضاء دينه عنه ثم رُد علىٰ المتبرع بعيب فإنه يعود الحق له.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: المشتري إذا مات مفلسًا فإن حق البائع لا يعود في العين[6].

۞ **قِيلَ**: لما خلف العين فلم يَفُت الاستيفاء من جهته[7]؛ لأنه يباع فيوفي الثمن أو بعضه، ولفظ العلة[8] لا يوجد.

---

(١) قال القدوري: (والظاهر أنه مليء، لأن الإنسان لا يختار نقل الحق من ذمة مليء إلىٰ ذمة المفلس). ينظر: التجريد (٦/٢٩٨٥).

(٢) لأنه نقل الدين إلىٰ استيفاء، فوجب أن يثبت الرجوع عند تعذره. ينظر: التجريد (٦/٢٩٨٥).

(٣) عند الشافعية: المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، فإن تلف بآفة انفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري. ينظر: منهاج الطالبين (ص: ١٠٢)، وتحفة المحتاج (٤/٣٩٣).

(٤) لأن الحوالة توجب براءة الأصيل، فمعناها نقل الحق. ينظر: المبسوط (٢٥/١٢٥).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٤/١٧٢)، والمبسوط (٢٠/٨٧)، والبحر الرائق (٦/٢٧٥).

(٦) أي: في عين ماله، ينظر: الحاوي الكبير (٦/٢٧٣)، وأسنىٰ المطالب (٢/٢٣٢).

(٧) يختلف من له حق الاستيفاء باختلاف الحق المراد استيفاؤه، إذ هو إما حق خالص لله ﷻ، أو حق خالص للعبد، كالديون، أو حق مشترك. ينظر: الفروق للقرافي (١/١٤١).

(٨) تحتمل في الأصل أيضًا: «القلة».

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: بقاء عقد الحوالة مانع عن مطالبة المحيل بالحق[1]؛ دليله: حال إعسارِ المحتال عليه وملاءته[2].

❁ **قِيلَ**: يجوز أن يقال: إن عقد الحوالة لم يبق فلا نُسلم هذا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: العقد إذا تعلق بمال في الذمة لا يعين[3]، فإن فوت صاحب الذمة لا يوجب بطلان العقد[4]، كما لو مات المشتري، أو صالح من عبد على مال ثم مات من وجب المال عليه.

❁ **قِيلَ**: هذا يبطل بالكتابة، ويبطل عنده بموت العبد، وكذلك الزوج إذا مات أو رب السلم[5] أو أحد العاقدين في الصرف قبل التسليم، على أن موته لم يبطل ولكن فوت الاستيفاء من جهته يبطل؛ إذ العقد معقود للاستيفاء، وأما إذا أَعسر المحتال عليه فالمال غادٍ ورائح فلم يفت الاستيفاء من تلك الجهة فلا يعود الحق على المحيل.

وقولهم: إن المحتال به صار في معنى المقبوض فلا يرجع إلى بدله عند هلاكه[6] باطل؛ لأن الحق يثبت في الذمة الثانية[7]، وكان في الذمة

---

(١) لأن فيه نقل المطالبة أو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٦/٥٢٤).

(٣) مثل الدراهم التي في ذمة المستقرض لا تتعين لإضافة العقد إليها، ألا ترى أنها لو كانت عيناً لا تتعين لإضافة العقد إليها؟ فكذا إذا كانت ديناً لا تتعين لإضافة العقد إليها. ينظر: المحيط البرهاني (٧/١٣٣).

(٤) العقد الباطل عند الحنفية لا وجود له إلا من حيث الصورة، فليس له وجود شرعي، ومن ثم فهو عدم، والعدم لا ينتج أثرا. ينظر: بدائع الصنائع (٥/٣٠٥).

(٥) رب السلم هو المسلم وهو المشتري.

(٦) ينظر: البيان للعمراني (٦/٢٨٩)، والمجموع شرح المهذب (١٣/٤٣٥).

(٧) ذمة المحتال عليه.

الأولى[1] ولم يكن مقبوضًا ، فكذلك إذا وجب في الذمة الأخرى ، إذ ما في الذمة لا يكون مقبوضًا ولو كان مقبوضًا بيدي المحتال عليه ولم يتوجه الطلب به ، ولو أحال بثمن الصرف ورأس مال السلم ثم افترقا بطل العقد[2] ، ولو كان في حكم المقبوض لم يَبطل[3] ، فدل على أنه لم يصر مقبوضًا ، وإنما نقل الحق عن ذمة المحيل وأبرأه بشرط سلامة ما في ذمة المحتال عليه له ، فإذا لم يسلم كان له أن يرجع على الأصيل[4] ، كما نقول في أحد الشريكين إذا قبض نصيبه عن مشترك فاختار الآخر اتباع الذي عليه الأصل بنصيبه فتوِيَ ما عليه كان له أن يرجع على الشريك[5] ، ويقول المخالف[6] في المشتري إذا أفلس: إن البائع يعود في عين ما باعه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: المحيل لو مات قسمت تركته[7].

❁ **قِيلَ**: لو كان باع عبدًا قسمت تركته مع جواز أن يرد العبد بالعيب[8] فيعود الثمن دينًا في التركة.

---

(١) ذمة المحيل.

(٢) ظاهر الكلام أن هذا هو قول الحنفية ولكن نقل القدوري أنه الصحيح من مذهب الشافعية ، فقال: (لو أحاله بثمن الصرف أو رأس مال السلم ثم افترقا قبل قبضه من المحال عليه بطل العقد في الصحيح من مذهبهم ، ولو كان قبضًا لصح الصرف به ، كقبض الشاهد). ينظر: التجريد (٦/٢٩٨٦).

(٣) ينظر: التجريد (٦/٢٩٨٧).

(٤) المطالب ابتداء بالحق.

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٩٧)، وحاشية ابن عابدين (٥/٦٤١).

(٦) أي: الشافعية.

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٢٢)، وكفاية النبيه (١٠/١٠٨).

(٨) ينظر: البناية شرح الهداية (٧/٤٤٤)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٦/٢٢٢).

|٧٠٤| **مَسْأَلَةٌ:** لصاحب الحق أن يلازم غريمه المعسر ولا يمنعه من دخول منزله للغائط والغداء، ولا من الكسب لعياله، فإن أعطاه صاحب الحق الغداء وموضع الخلاء فله منعه من دخول المنزل[(١)].

**وقال:** لا يلزمه[(٢)].

عائشة: أن رسول الله ﷺ اشترىٰ بعيرًا إلىٰ أجل فلما حل الأجل جاء يتقاضاه، فقال ﷺ: جئتنا وما عندنا شيء، ولكن أقم حتىٰ تأتي إبل الصدقة، فجاءه[(٣)] الأعرابي يقول: واغدراه! فَهمَّ به عمر، فقال رسول الله ﷺ: «دعه فإن لصاحب الحق مقالًا»[(٤)] فلم يمنعه من التقاضي.

وروي أن النبي ﷺ قال: «لصاحب الحق: اليد، واللسان»[(٥)].

أبو سعيد الخدري: أن أعرابيًا جاء إلىٰ النبي ﷺ يتقاضاه تمرًا وشدد عليه حتىٰ قال: حرج عليك إلا قضيتني، فانتهره أصحابه، فقالوا: ويحك تدري من تُكلم؟! فقال: أنا صاحب حق، فقال ﷺ: «هلّا مع الحق كُنتم؟» ثم استقرض النبي ﷺ من خولة بنت قيس فأعطاه وأطعمه فقال: «أوفيت أوفىٰ الله لك»[(٦)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٧٣/٧)، والبحر الرائق (٣١٣/٦).

(٢) ينظر: المهذب (١١٢/٢)، والبيان للعمراني (١٣٢/٦).

(٣) كذا في الأصل، ولعلها: «فجعل».

(٤) أخرجه أحمد (٢٦٣١٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٠٩٥) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٤٠/٤): «وإسناد أحمد صحيح»، وأصله في الصحيحين أخرجه البخاري (٢٣٠٦)، ومسلم (١٦٠١).

(٥) أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (٥٣٤/٧)، وقال ابن القيسراني في ذخيرة الحفاظ (١٩٣٧/٤): هذا منكر. وأخرجه الدارقطني (٤٥٥٣)، قال الزيلعي في نصب الراية (١٦٦/٤): «وهو مرسل».

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٥٤٣)، وابن ماجه (٢٤٢٦)، وصححه ابن حجر الهيتمي في الزواجر (٤١٥/١).

وروي أن النبي ﷺ قال: «من انظر معسرًا فله صدقة»(١) فدل على أنه يصير منظرًا بإنظاره.

عبد الملك بن عمير: قال: كان علي إذا أتاه رجل بغريمه قال: هات بينة على مال أحبسه، فإن قال: فإني إذن ألزمه، قال: ما أمنعك من لزومه(٢).

ولأن المال غادٍ ورائح فيجوز أن يصيب كل ساعة مالًا فيلازمه ليأخذه منه(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن رجلًا كثر دَينه فقال ﷺ: تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك دينه، فقال ﷺ: «خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك»(٤).

❁ **قِيلَ**: معناه: ليس لكم من النقد إلا ذلك(٥)، وهذا لا يدل على سقوط المُلازمة(٦)، كما لا يدل على سقوط الدين، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤١٨)، وأحمد (٢٢٩٧٠)، قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/٦٥): «هذا إسناد ضعيف»، وأخرجه أحمد (٢٣٠٤٦) وغيره بإسنادٍ آخر، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي».

(٢) ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية (ص: ٥٦) بإسنادٍ منقطع. ينظر: تهذيب الكمال في أسماء الرجال (١٨/٣٧٠)، وميزان الاعتدال (١/٢١٢)، وتقريب التهذيب (ت: ٤٢٠٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٧٣)، وتبيين الحقائق (٤/١٧٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٢٦٤)، والبيان للعمراني (٦/١٣٣).
والحديث أخرجه مسلم (١٥٥٦).

(٥) ينظر: التجريد (٦/٢٨٩٩).

(٦) أي ملازمة الغريم.

# كتابُ الوَدِيعة

|٧٠٥| المودَع إذا خالف[١] ثم عاد إلىٰ الوفاق فهلكت لم يضمن[٢].

**وقال: يضمن[٣].**

لأنه استحفظه مؤبدًا قبل الخلاف وبعده؛ إذ ليس في اللفظ تخصيص، وابتداء الإيداع مع الخلاف يصح[٤]؛ لأنه لو كان غصبًا فأودعه صح، فطريانه عليه لا يرفعه فبقي العقد[٥]، فإذا رده إلىٰ العقد وحفظه عليه فهلك لم يضمن، ويدل عليه أن خلافه أمرَ الله تعالىٰ في العبادات لا يُسقط أمر الله عنه[٦]، وكذلك الوكيل إذا باع مخالفًا للآمر[٧] وسلم[٨] ثم ردَّ عليه فإنه يزول الضمان ويبقىٰ الأمر[٩]، والمودع إذا أخرج الوديعة فإنها تدخل في ضمانه[١٠] حتىٰ لو هلكت له ضمنها، فلو برأ[١١] زال الضمان وبقي علىٰ العقد، فإذا حفظ علىٰ العقد لم يضمن، وكذلك لو تعدىٰ ثم أحضرها صاحبَه فأبىٰ أن يقبلها فإنها تكون أمانة.

---

(١) يعني مخالفة المودَع المالك في الحفظ.

(٢) ينظر: المبسوط (١١/١١٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٢).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١١/٤٠٠)، والمجموع شرح المهذب (١٤/١٨٤و١٩٠).

(٤) ينظر: المبسوط (١١/١١٥)، والعناية شرح الهداية (٨/٤٨٩).

(٥) لأن الشيء لا ينقض بطريان ما هو دونه عليه. ينظر: المبسوط (٢١/١٠٩).

(٦) ينظر: التجريد (٨/٤٠٨٩).

(٧) أي: مخالفة الوكيل لقيود الموكل في البيع.

(٨) أي: سلم المبيع للمشتري.

(٩) أمر الموكل للوكيل بالبيع.

(١٠) ينظر: العناية شرح الهداية (٨/٤٩١)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/٤٩١).

(١١) يعني: أبرأه من ضمان الوديعة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من صار الشيء مضمونًا في يده فإنه لا يملك تصييره أمانة عنده؛ دليله الغاصب مال غيره[1]، والمُسرح لدوابه.

❁ **قِيلَ**: إنها تصير أمانة لبقاء أمر المالك في حقه، فإذا حفظ بأمره لم يضمن، ويده كانت يد أمانة، وجب الضمان عليه بالتعدي، وقد زال التعدي فوجب أن يزول الحكم المعلق به[2].

ولأن يد المودَع يد للمودِع[3] بدليل أنه يرجع لما يلحقه من ضمان عليه، فالرد إلىٰ يده كالرد إلىٰ يد المودِع، كما لو رد المغصوب إلىٰ يده، أو حفظه بأمر مالكه[4]، أو رد المسرح إلىٰ يده، فإنه يزول الضمان، كذلك هذا.

فأما إذا جحد الوديعة[5] فقد ارتفع العقد[6]؛ لأنه لما طالبه بردها عليه فقد نهاه عن حفظها فلم يبق أمر بالحفظ ولا عقد، فهو بالإقرار بعده لا يرده إلىٰ العقد فلا يَبرأ من الضمان[7].

---

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٤/٢٢٧).

(٢) ينظر: التجريد (٨/٤٠٨٧ و٤٠٩٠)، وتبيين الحقائق (٥/٧٩).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤٠٨٨)، والمبسوط (١٠/٦٧).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٧٦).

(٥) لو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لأن الجحود عند غير مالكها قد يكون من باب الحفظ؛ لأن فيه قطع طمع الطامعين. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢١٤)، وتبيين الحقائق (٥/٧٩).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١١١)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢١٤).

(٧) لما طلب منه المالك الوديعة فقد عزله عن الحفظ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه؛ فيكون مضمونا عليه، فإذا هلك تقرر الضمان. ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٢).

|٧٠٦| **مَسْأَلَةٌ:** المودَع إذا أنفق بعض الوديعة ضمنه ولم يضمن الباقي[١].

**وقال:** صار به ضامنًا للجميع[٢].

لأنه يضمن بالجناية[٣]، فما جنىٰ فيه ضمِنه، وما لم يجن لم يضمن، كما لو كانت عنده وديعتان فجنىٰ علىٰ إحداهما[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لما جنىٰ صار به خائنًا فيه، والخائن لا يكون أمينًا[٥].

۞ **قِيلَ:** يبطل بالوديعتين، ولما جاز أن يكون مطيعًا لله تعالىٰ في شيء عاصيًا في شيء كذلك يكون أمينًا في بعض خائنًا في بعض[٦].

|٧٠٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أخرج الوديعة ليتلفها فلم يفعل لم يضمن[٧].

**وقال:** تصير مضمونة عليه[٨].

لأنه هَمَّ بالجناية ولم يجن فصار كما لو هَمَّ بالزنا ولم يزن، فلا يجب عليه شيء[٩].

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٣)، وتبيين الحقائق (٥/٧٨).
(٢) ينظر: الشرح الكبير (٧/٣٠٣ و٣٠٤)، وروضة الطالبين (٦/٣٣٤).
(٣) الحر يضمن بالجناية. ينظر: التجريد (١١/٥٨١٨)، والمبسوط (٢٦/١٨٦).
(٤) ينظر: المبسوط (١١/١١١)، والبحر الرائق (٧/٢٧٧).
(٥) ينظر: الشرح الكبير (٧/٣٠٣ و٣٠٤)، وروضة الطالبين (٦/٣٣٤).
(٦) ينظر: مجمع الأنهر (٢/٣٤٢).
(٧) ينظر: التجريد (٨/٤٠٩٥)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٣).
(٨) ينظر: المهذب (٢/١٨٥)، والشرح الكبير (٧/٣٠٢).
(٩) استدلَّ الحنفية بحديث أبي هريرة ﵁ عن النبي ﷺ قال: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت=

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: النقل بنية الإتلاف غير مأذون فيه(١) فأشبه تسليمه إلى غيره.

❁ **قِيلَ**: النقل من مكان إلى مكان مأذون فيه(٢)، فلو أوجبنا الضمان أوجبناه بنية الإتلاف(٣)، ونية الإتلاف لا توجب ضمانًا(٤)، كما لو كانت في الصندوق فنوى إتلافها أو قبضها أو رد إلى صاحبها بنية الإتلاف إذ لا مدخل للنية في الضمان(٥)، لأنه لو غصب لا ينوي الإتلاف ضمن، ولو باع الوكيل ينوي بيعه لنفسه لم يضمن(٦).

|٧٠٨| **مَسْأَلَةٌ**: إذا قال للمودَع: لا تدفع إلى امرأتك(٧) فدفع إليها ولا بد له من ذلك لم يضمن(٨).

**وقال**: يضمن(٩).

لأنه استحفظه مطلقًا وأمره بما يلحقه ضرر في الإمساك منه فبطل ذلك

---

= به أنفسها، ما لم تعمل أو تتكلم». أخرجه البخاري (٥٢٦٩)، ومسلم (١٢٧). وينظر: التجريد (٤٠٩٥/٨)، وبدائع الصنائع (٢١٣/٦).

(١) لأن الفاسد غير مأذون له فيه.

(٢) لأن الضمان لا يتعلق بالنقل، فلم يبق إلا الإتلاف. ينظر: التجريد (٤٠٩٥/٨).

(٣) ولكن في الأصل الإتلاف سبب لوجوب الضمان. ينظر: بدائع الصنائع (٢١٣/٦).

(٤) لحديث أبي هريرة السابق.

(٥) فنية الإتلاف ليست بإتلاف؛ فلا توجب الضمان. ينظر: بدائع الصنائع (٢١٣/٦).

(٦) بيع الوكيل من نفسه باطل. والوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لا يبيع ممن لا تجوز شهادته له كما لا يبيع من نفسه ومملوكه. ينظر: المبسوط (١٢٤/١٣)، وبدائع الصنائع (٢٨/٦).

(٧) يلحق بها: العبد، أو الولد، أو الأجير. ينظر: المبسوط (١٢٢/١١).

(٨) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٣١)، وتبيين الحقائق (٨١/٥).

(٩) ينظر: الشرح الكبير (٢٩١/٧)، وروضة الطالبين (٣٢٧/٦).

الأمر، كما لو قال له: لا تضعه من رقبتك[1].

ولأنه إذا لم يجد بدًا فلا يقدر على الحفظ إلا بها[2]؛ لأنه لا يُخرِج من داره فيكون مُخليًا بينه وبينها فصار حفظها كحفظه بنفسه[3]، ولو أودعه وقال: لا تحفظ بنفسك كان هذا الأمر باطلًا، كذلك هذا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: منعه من الدفع إليها وله غرض في المنع فوجب أن يضمن بالدفع إليها، كما لو دفع إلى أجنبي[4].

❁ **قِيلَ**: لو قال: لا تضعه من رقبتك أو لا تحفظ بيسارك أو في هذه الزاوية من الصندوق[5] بطل هذا التقييد[6]، كذلك هذا.

|٧٠٩| **مَسْأَلَةٌ:** للمودَع أن يطالب السارق بالقطع في قول علمائنا الثلاثة[7].

**وقال:** ليس له ذلك[8].

لأن له ولايةً في الحفظ والشيء مُحرَز عنده فكان له أن يطالب بالقطع

---

(١) الأصل أن الشرط إنما يصح إذا كان مفيدا والعمل به ممكنا. ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٢٤٧).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٨١).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤٠٧٩).

(٤) ينظر: البيان للعمراني (٦/٤٨٧).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٤٠٩٣)، وتبيين الحقائق (٥/٨١).

(٦) ينظر: التجريد (٨/٤٠٩٣)، وتبيين الحقائق (٥/٨١).

(٧) خلافا لزفر. ينظر: المبسوط (١١/١٢٤)، وتبيين الحقائق (٣/٢٢٨).

(٨) ينظر: الشرح الكبير (١١/١٩٤)، وروضة الطالبين (١٠/١٢١).

كالأب[1] ، وأما السارق إذا سرق منه فلا يطالب بالقطع ؛ لأنه مُعَرَّض للتلف غير مُحرز ؛ بدليل أنه لو استهلكه لم يضمنه ، فلم يطالب بالقطع ، وبالله التوفيق .

* * *

(١) الأصل فيه أن كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ، ومن لا فلا . فللمالك أن يخاصم السارق إذا سرق منه وكذا المودَع ، والمستعير ، والمضارب ، والمرتهن ، ومتولي المسجد ، والأب ، والوصي فتعتبر خصومتهم في ثبوت ولاية الاسترداد وفي حق القطع . ينظر : البحر الرائق (٥/٦٨) ، ومجمع الأنهر (١/٦٢٤) .

# كتَابُ العَارية

|٧١٠| العارية أمانة.

**وقال:** مضمونة.

روي مثل قولنا عن علي وابن مسعود[(١)].

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وجابر: أن النبي ﷺ قال: «ليس على المودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان»[(٢)]، وهذا مستعير لم يغل، والغلول لا يتأتى إلا بعد القبض، فقد أفاده الخبر، والمستعير اسم لمن فعل الاستعارة فاللفظ عام.

أبو أُمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله، من ادعى إلى غير ابيه أو تولى غير مَواليه فعليه لعنة الله، لا يُقبل منه صرفٌ ولا عدلٌ[(٣)]، لا تُنفِق المرأة من بيت زوجها شيئًا إلا بإذن زوجها»، قالوا: يا رسول الله: ولا الطعام؟ قال: «ذاك أفضل أموالنا»، ثم قال:

---

(١) قالا: «ليس على مؤتمن ضمان». أخرجه الدارقطني (٢٩٦١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٢٦٩٩).

(٢) لم أقف عليه عن جابر مرفوعا ولكن روى عنه موقوفا بنحوه. أخرجه سعيد بن منصور كما في التلخيص (٢١٢/٣)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٦٩٨). قال ابن حجر في التلخيص (٢١٢/٣): «إسناده ضعيف».

(٣) الصرف: التوبة. وقيل النافلة. والعدل: الفدية. وقيل الفريضة. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٢٤/٣).

«العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»(١)، ففصل بين المضمون وغيره في موضع البيان وأوجب العارية بلفظ الأداء، والموجَب بلفظ الأداء أمانة(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

ولأنه أخذه بإذن مالكه لينتفع بمنافعه من غير أن يتملك عينه، فكان في العين أمينًا، كالأمة المزوجة إذا ماتت عند الزوج(٣).

ولأنه لا يضمن الجزء منها(٤) فكذلك الكل؛ إذ الكل أجزاء، أو نقول: لو فني جميع الثوب باللبس لم يضمن، فألَّا يضمن إذا هلك بغير فعله أولى(٥).

ولأن هذا العقد لاستيفاء المنافع فصار كالإجارة.

❊ **فَإِنۡ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترد»(٦)(٧).

❁ **قِيلَ**: على اليد عين ما أخذت؛ بدليل أنه فُهم بهذا الخبر وجوب رد العين، والرد يتأتى في المقبوض، والقيمة لا تؤخذ، فلم يكن الخبر واردًا فيها(٨).

❊ **فَإِنۡ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ استعار من صفوان أدرعًا فقال: أغصبًا يا

---

(١) أخرجه أحمد (٢٢٢٩٤)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٢٩٥). قال الترمذي: «حسن». والحديث بعض عباراته في الصحيحين.

(٢) ينظر: التجريد (٣٢٦٧/٧)، والمبسوط (٢/١١).

(٣) لأنها ملك لمولاها، فتكون بمنزلة العارية عند زوجها.

(٤) ينظر: التجريد (٣٢٧٣/٧).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢١٨/٣).

(٦) ينظر: الشرح الكبير (٣٧٦/٥)، والمجموع شرح المهذب (٢٠٦/١٤).

(٧) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في السنن الكبرى (٥٧٥١)، قال الترمذي: «حسن».

(٨) ينظر: التجريد (٣٢٨٥/٧).

محمد أم عارية؟ فقال ﷺ: «عارية مضمونة مؤداة»[1].

۞ قِيلَ: جعلنا[2] مضمونةً وهي عارية، وهي ما دامت باقيةً مضمونة الرد عندنا، وبعد الهلاك لا تكون عاريةً فلا يتناولها الخبر[3]، ولا ذكر للقيمة والرد في الخبر فلا تجوز دعوىٰ العموم فيه، علىٰ أنه شرط الضمان فيما لا يكون مضمونًا لحاجته إليه، ألا ترىٰ لما تلف بعضها، قال: «إن شئت غرمناها لك؟»[4] ولو كان واجبًا لم يُعلِّق بالمشيئة، وقال صفوان: لا، فإن في قلبي اليوم من الإيمان ما لم يكن[5] [6]، ولو كان واجبًا لم يمنع الإيمان منه، علىٰ أنه كان حربيًّا مستأمنًا فجاز أن يضمن له بالشرط ما لا يكون مضمونًا في الأصل[7].

❊ فَإِنْ قِيلَ: ما ضمن رده ضمنت قيمته عند التلف، كالغصب[8].

۞ قِيلَ: يبطل بتلف أجزائه[9]، وتلف جميعه بلُبسه، والمعير متبرع

(١) أخرجه أحمد (١٥٣٠٢)، وأبو داود (٣٥٦٢)، والترمذي في العلل الكبير، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٥٧٤٧)، قال الترمذي: «سألت محمدا ـ البخاري ـ عن هذا الحديث فقال: هذا حديث فيه اضطراب». وقال الألباني في إرواء الغليل (١٥١٣): «صحيح».

(٢) كذا في الأصل، ولعلها: «جعلها».

(٣) ينظر: التجريد (٣٢٨٠/٧).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٧٣٣٩)، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٥٧٤٨)، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٧٥٢/٦): «فهذه طرق هذا الحديث، وبعضها يقوىٰ ببعض».

(٥) طرف من الحديث السابق.

(٦) ينظر: التجريد (٣٢٨٤/٧).

(٧) ينظر: شرح مشكل الآثار (٢٩٦/١١)، والتجريد (٣٢٨٢/٧).

(٨) ينظر: الأم للشافعي (٢٥٠/٣)، والشرح الكبير (٣٧٦/٥).

(٩) ينظر: التجريد (٣٢٧٤/٧).

بالإعارة[١] فلا يوجب عليه ضمان في رده، والمستعير أخذه بإذن مالكه ولا يقابله عوض فلا يكون مضمونًا عليه بقيمته، والمغصوب حصل في يده بتعديه فيكون مضمونًا عليه[٢]، وبالله التوفيق.

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٨٥)، وحاشية ابن عابدين (٥/٦٧٨).

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣٢٨٩ ـ ٣٢٩٠).

# كتَابُ اللقيط، واللقطة، وجُعل الآبق

| ٧١١ | الملتقط إذا عَرَّفَ اللقطة حولًا كان له أن يأكلها بشرط الضمان إن كان فقيرًا، وإن كان غنيًا لم يأكلها[١]، فإن شاء أمسكها علىٰ صاحبها، وإن شاء تصدق بها، علىٰ أن صاحبها إذا جاء فهو بالخيار: إن شاء أجازها وكان الأجر له، وإن شاء ضَمَّن المتصدق والأجر للمتصدق[٢].

**وقال:** للغني أن يتملكها، وهو والفقير سواء[٣].

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

وروي أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه»[٤].

وروي أن النبي ﷺ قال: «ضالة المؤمن حرق النار»[٥].

ولأنه حق يجب بحلول الحول في ملك غيره لغير معيّن فوجب أن يكون استحقاقه بالفقر كالزكاة[٦].

(١) ينظر: التجريد (٣٨٥٣/٨)، وبدائع الصنائع (٢٠٢/٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٣/١١)، والجوهرة النيرة (٣٥٦/١).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٧٠/٤)، والمهذب (٣٠٦/٢).

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٦٩٥)، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته (٧٦٦٢).

(٥) أخرجه أحمد (٢٠٧٥٦)، وابن ماجه (٢٥٠٢)، والنسائي في السنن الكبرى (٥٧٦٠)، والترمذي (١٨٨١). قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٧/٤): «رواه أحمد، والطبراني في الكبير بأسانيد رجال بعضها رجال الصحيح». وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته (٣٨٨٣).

(٦) ينظر: التجريد (٣٨٥٦/٨).

ولأنه مال الغير فلا يجوز للأجنبي أكله من غير إذن ولا حاجة كالوديعة[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي في خبر زيد بن خالد الجهني: أن النبي ﷺ سُئل عن اللقطة فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها[2]، ثم عرِّفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنُك بها»[3]، وروي: «فاستنفقها»[4].

❁ **قِيلَ**: قوله: «فشأنك بها»، أي: تصنع بها ما يُصنع باللقطة[5]، يدل عليه أنه روي: «من وجد لقطة فليُشهد عليها ذوي عدل، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[6]، ولم يشترط الحول[7]، وقوله: «فاستنفقها» يحتمل التصدق، كقوله تعالى: ﴿أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٣٤].

واحتمل أن النبي ﷺ عرف حاجة السائل فلذلك أباحها له، وإنما لم يَسأل عن الفقير لمعرفته به، أو لأن الأصل الفقر، فبقاه على الأصل[8].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: أُبي بن كعب وجد صُرةً فيها ثمانون دينارًا فأمره النبي ﷺ أن

(١) ينظر: التجريد (٨/٣٨٥٩).

(٢) العفاص: الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، والوكاء بكسر الواو هو الرباط يشد به. ينظر: مقاييس اللغة (٤/٦٩)، و(٦/١٣٧).

(٣) والحديث أخرجه البخاري (٢٤٢٩)، ومسلم (١٧٢٢).

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٢٧)، ومسلم (١٧٢٢).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٨٥٦)، وتبيين الحقائق (٣/٣٠٢).

(٦) أخرجه أحمد (١٧٤٨١)، وأبو داود (١٧٠٩)، والنسائي في السنن الكبرى (٥٧٧٦)، وقال الألباني: «إسناده صحيح على شرط الشيخين». ينظر في صحيح أبي داود (١٥٠٣).

(٧) ينظر: التجريد (٨/٣٨٧١).

(٨) ينظر: التجريد (٨/٣٨٥٧)، والبناية شرح الهداية (٧/٣٤٢).

يأكلها[١]، قال الشافعي: وكان من أيسر أهل المدينة[٢].

❁ قِيلَ: أُبي كان معسرًا[٣]، وإنما استغنىٰ بعد موت النبي ﷺ، يدل عليه ما رُوي أنه كان لأبي طلحة أرض فجعلها لله، فأتىٰ النبي ﷺ فقال له: «اجعلها في فقراء قرابتك» فجعلها في حسان بن ثابت وأبي بن كعب[٤]، يدل عليه أنه روىٰ سلمة بن كهيل في حديث أُبي: أن النبي ﷺ قال له: «كلها فإنك ذو حاجة إليها»[٥] فجعل علة جواز الأكل الحاجة، فمن غير حاجة لا تؤكل، وإنما يأكل جزء بعد جزء فلم يتملك منها ما تَحرُم به الصدقة عليه دفعة واحدة، وهو عشرون دينارًا[٦]، ويعارض هذا بما روىٰ أبو الزاهرية: أن رجلًا وجد مائة دينار فقال رسول الله ﷺ: «عرفها سنة ثم تصدق بها، ولا تكن لقّاطًا»[٧] فأوجب التصدق بها.

❁ فَإِنْ قِيلَ: روي أن عليًّا وجد دينارًا علىٰ عهد رسول الله ﷺ فأمره بتعريفه سنة فلم يُعرف، فأمره ﷺ بأكله[٨].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٦)، ومسلم (١٧٢٣).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٤/٧٠)، والحاوي الكبير (٨/٩).

(٣) ينظر: التجريد (٣٨٥٧/٨)، والبناية شرح الهداية (٣٤٢/٧).

(٤) أخرجه البخاري معلقا (٤/٦)، ووصله مسلم (٩٩٨).

(٥) أخرجه الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٤/٣٣٨).

(٦) قال العيني: «الغنىٰ الذي تحرم به الصدقة، وتجب به الفطرة والأضحية هو أن يملك ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن ثيابه ومآربه وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه». ينظر: البناية شرح الهداية (٥/٦٧٠).

(٧) لم أقف عليه بهذا اللفظ وقد تقدم بنحوه.

(٨) أخرجه الشافعي في الأم (٤/٧٠)، ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٢٤١٤)، وأخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٤٦٩٧). وقال الطحاوي: «حديث منقطع، لا يحتج بمثله».

۞ **قِيلَ**: روىٰ سهل بن سعد أن عليًّا دخل علىٰ فاطمة، والحسن والحسين يبكيان، فقال: ما يبكيهما؟ قالت: الجوع، فخرج علي فوجد دينارًا، فقالت فاطمة: اذهب إلىٰ فلان اليهودي فخذ به دقيقًا فأخذ، فلما عرف اليهودي أنه علي رد الدينار إليه، فقالت فاطمة: اذهب إلىٰ فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحمًا، فرهن الدينار بدرهم لحم، ثم دعوا النبي ﷺ وسألوه، فقال ﷺ: «اشهدوا أن القيراطين عليَّ أؤديها»[١]، فعليٌ اشترىٰ بثمن في ذمته، ورهن الدينار به وصار ذلك مضمونًا؛ بدليل أن النبي ﷺ ضمنه؛ فلذلك أباح أكله وكان له إليه حاجة[٢]؛ فلذلك استباح[٣].

۞ **فَإِنْ قِيلَ**: الملك الذي يُتملك أو يُستباح إتلافه بشرط الضمان يستوي فيه الغني والفقير كالقرض[٤].

۞ **قِيلَ**: قد قال المخالف: إنه إذا تملكه وهو غني بعد الحول ثم جاء صاحبه كان أحق بالعين، ولزم ردها إليه، ولم يحل له الانتفاع بعد مجيئه، ولو كان ملكًا له أو صار كالقرض لم يلزم، علىٰ أن القياس ألَّا يجوز للفقير أكله، ولا يحل لأحد أخذه؛ لأنه لا يأخذ ملك غيره بغير إذنه وغير إذن من يقوم مقامه، غير أنا جوزنا استحسانًا فلا يُقاس عليه، وليس إذا أبيح مع الحاجة أبيح مع عدمها، كمال الغير مباح حال الضرورة، ولا يباح مع عدمها، ويجوز أن يباح للفقير أخذه علىٰ سبيل الصدقة ثم يجب عليه ضمانه[٥]، كمن مات ولا يعرف له

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٦)، وقال الألباني: «حديث حسن». ينظر: صحيح أبي داود (١٥١٠).

(٢) ينظر: التجريد (٣٨٥٩/٨)، وتبيين الحقائق (٣٠٧/٣).

(٣) ينظر: التجريد (٣٨٥٩/٨)، المبسوط (٧/١١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٨)، وبحر المذهب (٣٢٣/٧).

(٥) ينظر: التجريد (٣٨٦١/٨).

وارث فجعل ماله لبعض الفقراء ثم ظهر له وارث فإنه يضمن القابض(١).

|٧١٢| **مَسْأَلَةٌ:** ضالة الإبل إذا خشي ضياعها علىٰ صاحبها كان له أخذها(٢).

**وقال:** إن كانت في مفازة لم يأخذها، وإن كان فرسًا من العامر فله أخذه للرد(٣).

قال الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

روي أن النبي ﷺ قال: «الله تعالىٰ في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»(٤).

ولأنه أخذها علىٰ جهة الأمانة فلا يختلف قربها وبعدها فيه كالودائع(٥).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن النبي ﷺ سُئل عن ضالة الغنم، فقال: «هي لك، أو لأخيك، أو للذئب»، وسئل عن ضالة الإبل فغضب وقال: «مالك ولها؟ ومعها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتىٰ يأتيها ربها»(٦).

---

(١) ينظر: التجريد (٣٨٦١/٨).

(٢) ينظر: التجريد (٣٨٤٧/٨و ٣٨٤٨)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (١٢٥/٦).

(٣) ينظر: الشرح الكبير (٣٥٣/٦)، وروضة الطالبين (٤٠٢/٥).

(٤) أخرجه مسلم (٢٦٩٩).

(٥) قيل: الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص، فالوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام علىٰ الخاص صحيح دون عكسه. ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤٨٦/٨)، والتجريد (٣٨٤٩/٨)، وبدائع الصنائع (٢٠١/٦).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٣/٨)، والشرح الكبير (٣٥٤/٦).

۞ قِيلَ: هذا إذا كانت محفوظة بمكانها لصاحبها؛ إذ النبي ﷺ وصفها بصفة المحفوظ، فأما إذا خشي عليها فله أخذها[١].

❊ فَإِنْ قِيلَ: العادة أن الرعاة يرعون جمالهم في الصحراء[٢].

۞ قِيلَ: إنما يأخذها إذا غلب في ظنه أنها ضالة عن صاحبها وخشي الهلاك عليها[٣].

|٧١٣| مَسْأَلَةٌ: لا يختلف حكم اللقطة بالحرم وغيره[٤].

وقال: لا يأخذها في الحرم ليتملكها، وله أن يأخذها ليردها.

لنا: ما روينا في حديث اللقطة، وليس فيه فصل بين الحرم وغيره.

ولأنه يأخذها ابتداءً على وجه الأمانة فلا تختلف بالأماكن كالوديعة[٥].

❊ فَإِنْ قِيلَ: روي عن النبي ﷺ قال في الحرم: «لا يُنفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمُنشِدها»[٦].

---

(١) ينظر: التجريد (٨/٣٨٥٠)، والبناية شرح الهداية (٧/٣٣٣).

(٢) ينظر: الشرح الكبير (٦/٣٥٤)، وكفاية النبيه (١١/٤٦٠).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٨٥٠)، والبناية شرح الهداية (٧/٣٣٣).

(٤) ينظر: التجريد (٨/٣٨٧٧)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٢).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٨٤٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠١).

(٦) قوله: «إلا لمنشد» يريد: لا تحل ألبتة، فكأنه قيل: إلا لمنشد، أي: لا يحل له منها إلا إنشادها، فيكون ذلك مما اختصت به مكة كما اختصت بأنها حرام، وأنه لا ينفر صيدها وغيرهما من الأحكام. عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٢/١٦٦)، وينظر: الحاوي الكبير (٨/٤)، وكفاية النبيه (١١/٤٣٩).
والحديث أخرجه البخاري (٢٤٣٣)، ومسلم (١٣٥٣).

۞ قِيلَ: كل لقطة لابد من إنشادها، وفائدة تخصيص الحرم أنه يكثر وجوده فيه[١].

وقوله: «إلا لمنشدها»[٢]، أي: لمالكه الذي يستحقه[٣].

| ٧١٤ | **مَسْأَلَةٌ:** اللقيط إذا بلغ فباع واشترى ثم أقر بالرق لم تُفسخ عقوده[٤].

**وعلى أحد قوليه: تُفسخ**[٥].

لأن البيع صح في الظاهر فلا يُبطل بقوله، كما لو قال: ما بعت لم يكن لي.

۞ **فَإِنْ قِيلَ:** حكم بالرق في وقت متقدم[٦].

۞ قِيلَ: حرية الأصل لا تُرفع، وإنما يحكم بالرق في حقه دون حق غيره، وإقراره على الغير لا يقبل[٧].

| ٧١٥ | **مَسْأَلَةٌ:** اللقيط إذا وُجد في دار الإسلام فادعاه ذمي ثبت نسبه منه وكان مسلمًا[٨].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٨٧٨/٨)، والبناية شرح الهداية (٣٣٨/٧).

(٢) قوله: «إلا لمنشد» أي: لمعرف. قال أبو عبيد: المنشد المعرف. وأما الطالب فيقال له: ناشد. يقال: نشدت الضالة إذا طلبتها، وأنشدتها إذا عرفتها، وأصل الإنشاد رفع الصوت، ومنه إنشاد الشعر. ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (١٦٤/٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢٠٢/٦)، والبناية شرح الهداية (٣٣٨/٧).

(٤) ينظر: التجريد (٣٩٠٥/٨) بدائع الصنائع (١٩٨/٦).

(٥) ينظر: الشرح الكبير (٤٢٨/٦).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٦٤/٨).

(٧) ينظر: التجريد (٣٩٠٥/٨).

(٨) ينظر: التجريد (٣٩٠٦/٨)، والمبسوط (٢١٦/١٠ و٢١٧).

وعلى أحد قوليه: يكون كافرًا[1].

لأن ظاهر وجوده في دار الإسلام يوجب الحكم بإسلامه؛ بدليل أنه لو بلغ قبل أن يدعيه الذمي كان مسلمًا[2]، فلم يجب إسقاط ذلك الظاهر بقول الذمي.

|٧١٦| **مَسْأَلَةٌ:** من رد آبقًا من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا فله الجُعل أربعون درهمًا[3]، وإن كان من مسيرة أقل من ثلاثة، رُضخ له على قدر ذلك.

عمرو بن دينار عن رسول الله ﷺ: «في الآبق أربعون درهمًا»[4].

ولأن الصحابة اتفقت على الجُعل واختلفت في قدره[5]، فقيل لابن مسعود: إن فلانًا قدم بأباق من الفيوم، فقال بعض القوم: قد استحق أجرًا، فقال ابن مسعود: وجُعلًا، من كل رأس أربعين درهمًا[6].

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٦/٤٠٥)، وروضة الطالبين (٥/٤٣٤).

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٠٦)، والمبسوط (١٠/٢١٤).

(٣) هذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي لأنه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال واللقطة، ولأن رده نهي عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الأجر بإقامته. ينظر: تبيين الحقائق (٣/٣٠٨)، والتجريد (٨/٣٨٨٢)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٥).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٤٩٠٧) قال: أخبرنا معمر، عن عمرو بن دينار «أن رسول الله ﷺ قضى في الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم»، وأخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٣٨١)، قال حدثنا وكيع، قال: حدثنا ابن جريج، عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار، قالا: جعل النبي ﷺ في العبد الآبق إذا جيء به خارجا من الحرم دينارا، وإسناد رجاله ثقات مع إرساله. ينظر: نصب الراية (٣/٤٧١).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٨٨٤)، والبناية شرح الهداية (٧/٣٤٧).

(٦) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في الأصل (٩/٣٦٤) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال: كنت قاعداً عند عبد الله بن مسعود، فذكره. وفي إسناده:=

عمار بن ياسر قال: إذا أخذ من المصر فله عشرة دراهم، وإن أخذها خارجًا من المصر فله أربعون درهمًا[1].

عمر[2] وعلي[3] قالا: جُعل الآبق دينار أو عشرة دراهم.

فمن قال: لا جُعل فقد خالف الجميع.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من تطوع بعمل من غير إذن ولا شرط أُجرة لم يستحق عليه شيئًا[4] كما لو خاط له، أو بنىٰ له دارًا، أو رد ماشيةً[5].

۞ **قُلْنَا**: كذا القياس، تركنا لإجماع الصحابة، علىٰ أن عنده منافع الملك إذا استوفيت من غير شرط أجر وجب الأجر به[6]، كذلك منافع الرجل يجوز أن تتقوم من غير شرط، ولا يجوز قياسه على الضالة؛ لأن العبد بإباقه جانٍ، وقد يغرم المولىٰ بجناية عبده[7]، ولا يغرم بجناية دابته؛ لأن فعلها جُبار.

---

= سعيد بن المرزبان العبسي أبي سعد البقال تركه الفلاس، وقال ابن معين: «لا يكتب حديثه».
قال الكاساني: (رجحنا قول ابن مسعود ﷺ في مقداره... والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولىٰ فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة). ينظر: المبسوط (١١/١٧).

(١) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في الأصل (٩/٣٦٦).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٣٧٢)، وفي إسناده: حجاج بن أرطاة؛ أحد الفقهاء صدوق كثير الخطأ والتدليس. ينظر: تقريب التهذيب (ص: ١٥٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٣٧٣)، من طريق الشعبي عن الحارث عن علي، فذكره. وفي إسناده الحارث الأعور وهو متكلم فيه.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٩)، وروضة الطالبين (٥/٢٦٨).

(٥) ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٣٥٢)، وحاشية البجيرمي علىٰ الخطيب (٣/٢١٨).

(٦) قال القدوري: (الرد علىٰ المالك لا يقع إلا لمنفعة المالك فجاز أن يستحق عليه العوض من غير شرط). ينظر: التجريد (٨/٣٨٨٦)

(٧) ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٦/١٤٠)، والبحر الرائق (٥/١٧٥).

ولأن العبد حصل في يد نفسه وانفرد عن المولىٰ، فقد حصل رد إلىٰ يده، فصار كالغنائم من المشركين ما أخذوه من المسلمين، فإن المولىٰ يأخذه بعد القسمة بالقيمة عندنا[١]، والدابة لم تحصل في يد نفسه فبقيت اليد له فلم يرد إلىٰ يده شيئًا، وكذلك إذا وجد العبد في المصر فهو علىٰ يدي المولىٰ بعدُ فلذلك لا يستحق به شيئًا، والمؤونة التي تلحق من رد العبد أكثر؛ إذ هو يأبق ثانيًا، ويحتاج إلىٰ حفظه، فجاز أن يوجب ها هنا لأجل المشقة له جُعل؛ إذ هو يؤدي إلىٰ حفظ أموال الناس[٢]، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٥٣٢)، والمبسوط (١٠/٥٥).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٤٢١)، وتبيين الحقائق (٣/٣٠٨).

# كِتَابُ الغَصْب

|٧١٧| العقار لا يُضمن بالغصب في قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف الآخر[(١)].

وقال: يضمن[(٢)].

روي أن النبي ﷺ قال: «من غصب شبرًا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبعة أرضين»[(٣)] فذكر فيه الوعيد دون الضمان[(٤)].

ولأن ضمان الغصب يجب بالنقل والتحويل[(٥)]، ولم ينقل ولم يحول، وإنما منع الآخر عن ملكه، ومن منع آخر عن ملكه لم يضمن[(٦)]، كما لو حبسه حتى هلك ماله في بيته ـ إن غصب دارًا وفيها متاع ـ فإنه لا يضمن المتاع عنده ما لم ينقله[(٧)].

❊ فَإِنْ قِيلَ: أتى بأقصى ما يقدر عليه في الاستيلاء على هذا المال فوجب

---

(١) خلافا لمحمد بن الحسن الشيباني وزفر وقالا: يضمن. وهو قول أبو يوسف أولا. ينظر: التجريد (٧/٣٣٥٠)، وتبيين الحقائق (٥/٢٢٤).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٦٦)، والشرح الكبير (٥/٤٠٧).

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٥٣)، ومسلم (١٦١٢)، من حديث عائشة بلفظ: «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين». قال ابن الملقن: ولا أعلم أنه ورد في رواية: «من غصب». ينظر: خلاصة البدر المنير (٢/٩٨).

(٤) ينظر: التجريد (٧/٣٣٥٢).

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة (١/٣٤٠).

(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٣٥٦)، والمبسوط (١١/٧٤).

(٧) الجوهرة النيرة (١/٣٤٠).

أن يثبت له حكم ضمان الغصب إذا كان ممن يضمن للمغصوب له، دليله: نقل الأموال المنقولة[١].

﴿ قِيلَ: أقصىٰ ما يقدر عليه هدمه ويضمن به، ولو دخل بيت إنسان من دار وصاحب الدار في الدار لم يضمن[٢]، وقد استولىٰ علىٰ البيت بأتم ما يقدر عليه، علىٰ أن أبلغ أنواع الاستيلاء النقل وذلك في العقار متعذر، وإنما يتأتىٰ فيه التخلية، ولا يجب ضمان الغصب بالتخلية[٣]؛ بدليل المنقول.

❊ فَإِنْ قِيلَ: ما صح قبضه بحكم البيع تأتىٰ فيه القبض الموجب للضمان علىٰ الغصب كالمنقولات، ولو لم يمكن قبضه لما جاز بيعه[٤].

﴿ قِيلَ: بالعقد يجب مضمونًا علىٰ البائع ضمان حكم، والتخلية قبض من طريق الحكم[٥]، فجاز أن يزول ضمان الحكم، والمشتري يدخل الشيء في ضمانه بالقبض من طريق الحكم، كما لو أعتق العبد أو جنىٰ علىٰ عضو منه فإنه يصير قابضًا جميعه، وضمان الغصب لا يجب بقبض الحكم[٦]، وإنما تجب حقيقة القبض بقبض جميعه؛ بدليل أنه لو جرح عبد غيره لم يدخل جميعه في ضمانه، ولو خلَّىٰ البائع بين المشتري والمشترىٰ ثم استحق لم يكن للمستحق أن يضمن المشترىٰ، وإن كان بمثله يخرج من ضمان البائع؛ لأن علىٰ البائع رفع

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٥/٤٠٦)، روضة الطالبين (٥/٨).

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣٣٥٢).

(٣) ينظر: التجريد (٧/٣٣٥٢)، والمبسوط (٢١/٦٨).

(٤) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦/٤).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٧٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/٥٦٢).

(٦) وجوب ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب؛ لأنه سبب؛ ولهذا يضاف إليه الحكم. ينظر: المبسوط (١١/٥٤).

يديه عنه، وإسقاط حقه في الإمساك وقد وجد، وإنما شرط في جواز الرهن والهبة[1] قبض الحكم، وذلك يتأتى في العقار، فلذلك صحت هذه العقود عليها.

|٧١٨| **مَسْأَلَةٌ:** استيفاء المنافع على غير عقد لا يوجب أجرًا[٢].

**وقال:** يوجب به أجر المثل إذا استوفى من مملوك[٣].

لأن أصحاب النبي ﷺ ضمّنوا في المغرور[٤] قيمة للولد[٥] والعُقر ولم يضمنوا قيمة المنافع.

وقال ﷺ: «الخراج بالضمان»[٦]، والضمان على الغاصب فوجب أن تكون الغلة له[٧].

ولأن هذه منافع استُوفيت على غير عقد أو شبهة عقد فلا يجب به أجر المثل، كما لو زنى بحرة وطاوعته[٨]، أو قبّل حرة أو جارية، أو السارق إذا قُطع

(١) بعده في الأصل: «من غير»، وكأنها مضروب عليها.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٢٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٦٠).

(٤) صورته: إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها إياه، ولكن الرجل تزوجها على أنها حرة، فإذا هي أمة وقد ولدت له، ضمن الزوج قيمة الولد؛ لأنه مغرور، وولد المغرور حر بالقيمة، ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء؛ لأنه ما التزم له شيئا، وإنما أخبره بخبر كان كاذبا فيه. ينظر: المبسوط (٥/١١٦).

(٥) ينظر: التجريد (٥/٢٦٤٠).

(٦) أخرجه أحمد (٢٤٢٢٤)، وأبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٧) ينظر: المبسوط (١١/٧٧)، والبناية شرح الهداية (١١/١٩٨).

(٨) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٣٠)

وردَّ العين فإنه لا يغرم منافعها ، ولا يلزم جعل رد الآبق ؛ لأنه ليس بأجر[1] ؛ إذ لا يُزاد لزيادة العمل.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ما ضمن بالإتلاف في عقد الفاسد ضمن بالإتلاف ظلمًا في الجملة ؛ دليله: الأموال[2].

❁ **قِيلَ**: عندنا قد يستوفي في الوطء من التي تُزف إليه ولم يعقد عليها عقد صحيح ولا فاسد فيغرم الوطء[3] ، فقد قلنا بموجب العلة ، علىٰ أنه يطؤها وهي مطاوعة حرة علىٰ شبهة[4] عقد فيجب أجر المثل[5] ، ولو وجد مثل هذا الوطء علىٰ غير شبهة عقد لم يجب شيء أصلًا ، وتستوفي منافع الحر علىٰ العقد فيوجب الأجر ، ولو استوفيت علىٰ غير عقد لم يوجب ، علىٰ أنه إذا أتلف فقد فوت المنافع ، ثم يغرم قيمة العين ، ولا يغرم قيمة المنافع ، فدل علىٰ أن حكم الأعيان في الضمان آكد من حكم المنافع[6] ، ولا معنىٰ لاعتبار رضا المطاوعة في سقوط مهرها[7] وذلك لأنها تُلمس وتُقبّل مكرهة فلا يجب به شيء ، وكذلك يحبس

---

(١) من رد الآبق علىٰ مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان. والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال. ينظر: التجريد (٣٨٨٢/٨) ، وفتح القدير (١٣٤/٦).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٢٣١/٧) ، والشرح الكبير (٥٨٤/٩).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦١/٧) ، وحاشية ابن عابدين (١٣٧/٣).

(٤) الشبهة أنواع: شبهة في المحل ، وشبهة في الفعل ، وشبهة في العقد. ينظر لتفصيلها: الاختيار لتعليل المختار (٩٠/٤).

(٥) ينظر: المبسوط (٥٥/٦) ، والبناية شرح الهداية (٦٠٤/٥).

(٦) بناء علىٰ أن المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عند الحنفية ، حتىٰ لا تضمن بالغصب والإتلاف وإنما يتقوم بالعقد وإنه وجد من الغاصب ، وعند الشافعي: هي أموال متقومة بأنفسها مضمونة بالغصب والإتلاف كالأعيان. ينظر: بدائع الصنائع (١٦٠/٧).

(٧) ينظر: المبسوط (٥٣/٩).

الحر في بيته فتتلف منافعه ولا يضمن.

| ٧١٩ | **مَسْأَلَةٌ:** إذا زنىٰ بامرأة مكرهة لزمه الحد ولم يلزمه المهر[١].

**وقال:** يلزمه المهر والحد جميعًا[٢].

لأن المتناول زنا بدليل وجوب الحد فيه، فلا يلزمه به المهر؛ دليله لو طاوعته[٣]، ولا يلزم من زنا فأفضىٰ؛ لأن الإفضاء يقع بعد الوطء الذي يتعلق به الحد، فهو جناية أخرىٰ، ولا يقال: المهر حق لها فيسقط برضاها؛ لأنه لو كان يجب في هذا الكل لم يؤثر رضاها في سقوطه كالمتناول علىٰ العقد أو شبهة العقد، وقد بينا أن المنافع إذا استوفيت علىٰ غير عقد ولا شبهة عقد لم تتقوم، وأجبنا عن قولهم[٤]: ما ضمن بالإتلاف علىٰ العقد الفاسد ضمن بالإتلاف ظلمًا كالأموال، ويلزمهم أيضًا العبد يُتلف مال المولىٰ، والحربي يتلف مال المسلم، والباغي يتلف مال العادل، ونقول إن الفعل واحد، فلا يوجب حكمين أحدهما يسقط بالشبهة والثاني لا يسقط كالقصاص والدية[٥]، ومن شرب خمرًا لنصراني

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٤/٩٠) و(٩/٥٤)، والبناية شرح الهداية (١١/٦٩)، التجريد (٧/٣٣٤٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٣٩، ٢٤١)، والمجموع شرح المهذب (٧/٣٣١).

(٣) يعني: لو طاوعته علىٰ الزنا لا يلزمه دفع المهر لها. ينظر: التجريد (٧/٣٣٤٥)، والمبسوط (٢٤/٩٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٤٠).

(٥) المانع من اجتماع القصاص والدية؛ إنما هو اختلاف سببهما. وأما المهر والحد وإن وجب بجملتين مختلفتين، فسببها متناف، بدلالة أن الحد لا يجب إلا من ارتفاع أسباب الاستحقاق وما جرىٰ مجراها، والمهر موضوعه أن يجب عند العقود وما جرىٰ مجراها، فلم يجتمعا مع تنافي سببهما. ينظر: التجريد (٧/٣٣٤٧).

فإن الضمان يجب بأخذه بفيه، والحد بوصوله إلىٰ جوفه[١]، ومن زنىٰ في رمضان فإن الكفارة تجب بالإفطار، والحد بالزنا، إذ لو كان ناسيًا للصوم لوجب به الحد ولم تجب الكفارة، وكل واحد منهما يسقط بالشبهة[٢]، ويلزمهم في جميع ما ذكروه الأَمة تطاوع علىٰ الزنا فلا يجب المهر لها، والحق في المهر للمولىٰ، وربما ادعوا فيه قولًا آخر.

|٧٢٠| **مَسْأَلَةٌ:** ولد المغصوبة غير مضمون[٣].

**وقال:** مضمون[٤].

وكذلك الزيادات المتصلة، وما زاد في قيمته لحرفة تعلمها[٥].

لأن هذه زيادة حدثت[٦] في يده بغير فعله، وتلفت بغير فعله قبل منعه فلا يغرم غرم الغصب، كما لو هبت ريحٌ بثوبٍ فألقته في داره فاحترق[٧].

(١) ولا يلزم إذا شرب خمر الذمي أنه يجب عليه الحد والضمان، ولأن الضمان يجب بحصولها في فمه، لأن ذلك استهلاك لها والحد بوصولها إلىٰ جوفه، وهما فعلان مختلفان. ينظر: التجريد (٣٣٤٦/٧).

(٢) ينظر: التجريد (٣٣٤٦/٧).

(٣) ينظر: التجريد (٣٣٣٥/٧)، والمبسوط (٧٠/١١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٠/٧)، والبيان للعمراني (٣٤/٧).

(٥) إذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كانت شجرة فأثمرت، أو جارية فسمنت، أو ولدت ولداً مملوكاً ثم تلف ضمن ذلك كله؛ لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب فضمنه بالتلف كالعين المغصوبة. ينظر: المهذب (٢٠١/٢)، والمجموع شرح المهذب (٢٤٨/١٤).

(٦) الزيادة الحادثة في يد الغاصب نوعان منفصلة: كالولد والثمر، ومتصلة: كالسمن، وكلاهما أمانة في يد الغاصب عندنا، وعنده: كلاهما مضمون. ينظر: الجوهرة النيرة (٣٤٤/١).

(٧) ينظر: التجريد (٣٣٣٥/٧).

❊ فَإِنْ قِيلَ: لو أفرده بالغصب ضمنه، فإذا تولد من أصل مضمون عنده بالتعدي ثبت له حكم الضمان[١]؛ دليله: ولد الظبية.

❁ قِيلَ: يبطل بالموصَىٰ له بما في بطن الجارية إذا غصبها[٢]، وأيضًا ولد الظبية لا يحدث مضمونًا في يده، وإنما يصير مضمونًا لأن الحق فيه لله تعالىٰ، وهو المطالِب بالرد، وقد طالبه به[٣]، فإذا هلك بعد المنع ضمن، وقد وكل[٤] الله تعالىٰ الطلب في ولد المغصوب إلىٰ مالكه، فلا يكون مانعًا منه إلا بعد طلبه، فإذا لم يمنعه لم يضمنه، علىٰ أنه بإمساك الأم تسبّب في إتلاف الصيد، والصيد يُضمن بالتسبّب، كما لو حفر بئرًا في ملكه أو نصب شبكةً[٥].

ولا يجب ضمان المال بمثله[٦]، وقياسه علىٰ أم الولد لا يصح؛ لأن الحق يثبت في رقبة الأم فيسري إلىٰ الولد، والضمان في الغصب وجب في ذمة الغاصب، والولد حدث من العين فلا يسري ذلك الضمان إليه[٧].

ولا معنىٰ لقولهم في الثوب تُلقيه الريح في داره: إنه إن علم صاحبَه فلم يرد ضَمِن[٨]؛ لأنا نقيسه علىٰ من لم يعلم، علىٰ أن ضمان الغصب لا يختلف

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٥٠) والمجموع شرح المهذب (١٤/٢٤٩).
(٢) ينظر: التجريد (٧/٣٣٢٣).
(٣) ينظر: التجريد (٧/٣٣٢٣)، وتبيين الحقائق (٢/٧٢).
(٤) وضع فوقها في الأصل علامة كأنه يستشكلها.
(٥) ينظر: المبسوط (٤/٨٨)، وبدائع الصنائع (٢/٢٠٣).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٩٥).
(٧) ينظر: التجريد (٧/٣٣٣٨).
(٨) هذا يوحي بأنه كلام الشافعية وليس ذلك بل هو كلام الحنفية. ينظر: التجريد (٧/٣٣٣٥)، والحاوي الكبير (٧/١٥٠).

بالمعرفة والجهل، وأما إذا غصبها وهي حبلىٰ فإن الولد لم يقع فيه تصرف وتعدٍّ، ولم يجب عليه ضمانه[1]، بدليل أن الجارية لو هلكت غرم قيمتها حُبلىٰ وهي ناقصة، ولا يوجب ضمان الأم وضمان الولد، وإنما يثبت حكمه بعد الانفصال، ولا يقال[2] للغاصب فيه بعد انفصاله، وضمان الغصب يجب بتعديه ونقله ولم يوجد فلم يجب.

| ٧٢١ | **مَسْأَلَةٌ:** نقصان الولادة يجبر بالولد في قول علمائنا الثلاثة[3].

**وقال:** لا يجبر[4].

لأن هذه زيادة كانت مجتمعة فافترقت فصارت في مكانين، فإذا ردهما برئ، كما لو غصب دراهم وجعلها في كيسين وردهما.

ولأن النقص وقع به فجُبر به كما لو قلع له سنًّا فنبتت، أو ضرب عينه فابيضت ثم زال[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: فات جزء في ضمان الغاصب فضمنه، والولد حدث علىٰ ملك المغصوب منه فلم يسقط به ضمان ما وجب علىٰ الغاصب[6].

---

(١) ينظر: التجريد (٧/٣٣٣٦).

(٢) وضع فوقها في الأصل علامة كأنه يستشكلها.

(٣) وقال زفر: لا ينجبر بالولد؛ لأن الولد ملكه فلا يصح جابرا لملكه. ينظر: التجريد (٧/٣٤١٢)، والمبسوط (١١/٦٠).

(٤) ينظر: الوسيط في المذهب (٣/٤٢٠)، والشرح الكبير (٥/٤٨٠).

(٥) ينظر: التجريد (٧/٣٤١٣)، والجوهرة النيرة (١/٣٤٤).

(٦) ينظر: الشرح الكبير (٥/٤٨٠).

❁ قِيلَ: هذا يبطل بالسن والعين، ونقول: بأن الضمان مُراعىٰ إذا كان في الولد وفاء به لم[1] يوجد كما نقول في السن[2].

|٧٢٢| مَسْأَلَةٌ: إذا غصب ساجةً[3] وأدخلها في بنائه لم تُنزع[4] وعليه قيمتها[5].

وقال: تنزع[6].

عمرو بن يحيىٰ المازني عن أبيه يحيىٰ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، من ضارَّ أضر الله به، ومن شق شق الله عليه»[7].

❁ فَإِنْ قِيلَ: في منع الملك من مالكه إضرار[8].

❁ قِيلَ: نقل الملك لا ضرر فيه[9] كالبيع، وللوصي أن يفعله.

---

(١) كذا في الأصل، ولعلها: «ولم».

(٢) ينظر: التجريد (٣٤١٤/٧)، وبدائع الصنائع (١٥٧/٧).

(٣) الساج: ضرب عظيم من الشجر، الواحدة ساجة، ولا ينبت إلا بالهند، ويجلب منها إلىٰ غيرها. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٢٣٧)، والمصباح المنير (٢٩٣/١).

(٤) وقال زفر: ينقض البناء ويردها علىٰ صاحبها. قال الهندواني: إنما لا ينقض البناء عندنا إذا بنىٰ حواليها أما إذا بنىٰ علىٰ نفسها ينقض. ينظر: المبسوط (٩٣/١١)، والجوهرة النيرة (٣٤٢/١).

(٥) ينظر: التجريد (٣٣٧٩/٧).

(٦) ينظر: نهاية المطلب (٢٧٣/٧)، والبيان للعمراني (٥٨/٧).

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٣١)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١١٨٧٨). قال البيهقي: «مرسل، وروي موصولا، بذكر أبي سعيد فيه».

(٨) نقله القدوري عن الشافعية. ينظر: التجريد (٣٣٨١/٧).

(٩) الضرر يلحقه بنقل ملكه إلىٰ العوض، فذلك أخف من إتلاف الملك من غير عوض. وإذا وجب دفع الضرر ولم يكن بد من الضرر فإن دفع أعظم الضررين أولىٰ. ينظر: المبسوط (٩٤/١١)،=

ولأن الموضع الذي عليه خشب ملكه، والهواء ملكه، فإذا شغل ملكه بملكه لم يؤمر بتفريغه[1]، كما لو كانت الساحة ملكًا له.

ولأن الظالم يُنتصف منه ولا يُظلم، فلا يُهدم بناؤه، ويؤخذ منه قيمة الساحة فيوصل كل واحد منهما إلىٰ حقه من غير إضرار، كما لو غصب لوحًا فأدخله في سفينة، أو إبريسمًا[2] فخاط به بطنه[3] أو بطن حيوان[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يُكره في الابتداء علىٰ دفع الإبريسم إليه للحاجة، فعند الانتهاء لا يُنزع[5].

❁ **قِيلَ**: إنما يكره لبني آدم في الابتداء لا للبهائم، وفي الانتهاء لا يختلف حكم بني آدم والبهائم فيه، ولا يُنزع في الموضعين جميعًا، علىٰ أن موضع الساحة في الابتداء لا فساد فيه، وفي نزعه فساد، وفي موضع الإبريسم ونزعه ضرر وفساد، فأشبه نزعُ الساحة مَنع الإبريسم ونزعه، فسُوِّي بين الجميع في موضع الضرر[6].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو رضي برد الساحة رد، ولو رضي برد الإبريسم واللوح في السفينة لم يرد[7].

---

= والتجريد (٧/٣٣٨١).

(١) لأن تصرفه في حيز ما يملكه.

(٢) الإبريسم: الحرير، معرَّب. ينظر: مختار الصحاح (ص: ٣٣).

(٣) ينظر: التجريد (٧/٣٣٨٢)، والجوهرة النيرة (١/٣٤٣).

(٤) ينظر: المبسوط (١١/٩٣).

(٥) ينظر: الشرح الكبير (٥/٤٦٨)، وروضة الطالبين (٥/٥٦).

(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٣٨٨)، والمبسوط (١١/٩٤).

(٧) ينظر: الشرح الكبير (٥/٤٦٥).

۞ **قِيلَ**: يكره رد الساجة ؛ لأن فيه إضاعة المال[١] ، كما يكره الإبريسم في البهائم ، غير أن الكراهة في الحيوان ربما تكون أشد.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من استولىٰ علىٰ ملك غيره تعدياً فإن حق المالك لا يبطل عنه لشغله لما لا حرمة له في نفسه ؛ دليله لو استولىٰ علىٰ أرض فبنىٰ فيها[٢].

۞ **قِيلَ**: حكي عن القاضي أبي طاهر: أنه لا فرق بين الساجة والأرض ، وأن[٣] قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الأرض لم يُنقض البناء وغرم قيمة أرضه[٤] ، علىٰ أنا نقول: للملك حرمة ، وحرمته كحرمة القيمة ، علىٰ أن الأرض لا تكون تبعًا للبناء ، إذ من باع البناء لم تدخل الأرض فيه ، والبناء تبع للأرض ؛ لأن من باع دارًا دخل البناء فيه ، فصار مُستهلكًا الساجة بأرضه ، فنُقل الملك فيه إليه[٥] ، وأيضًا فإن الأرض لم تصر في يده ، وإنما شغل ملك غيره بملكه ، فأُمر بتفريغه ، وقد نقل الساجة إلىٰ يد نفسه وصار في حكم المستهلَك فضمن قيمتها[٦] ، فصارت له.

## |٧٢٣| مَسْأَلَةٌ: من فتح باب قفص فطار ما فيه لم يضمن[٧].

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية (١١/٢١٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير (٥/٤٦٥).

(٣) تحتمل قراءتها أيضًا في الأصل: «لأن».

(٤) قال ابن نجيم: (هكذا روي عن أبي القاسم الدباسي). ينظر: البحر الرائق (٨/١٣١)، وبه يفتي بعض المتأخرين. ينظر: مجمع الأنهر (٢/٤٦٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٩).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٩).

(٧) وهو قول أبو حنيفة وأبو يوسف إلا إذا هيجه، وقال محمد بن الحسن: يضمن. ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٦)، والجوهرة النيرة (١/٣٤٦).

**وقال:** إن طار في فوره ذلك ضمن، وإن وقف ثم طار لم يضمن[1].

لأنه يجوز بقاؤه فيه مع فتحه فصار ذهابه بابتداء فعل من جهته فلا يضمنه، كما لو وقف ساعة ثم طار، أو حل دابةً فذهب، أو فتح بابًا فأبق منه غلام[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** عادة الطير النفار عند سماع الحس، وتنفير المضمون يوجب الضمان[3]، كما لو نفّر الصيد.

❁ **قِيلَ:** فتح باب القفص ليس بتنفير؛ لأن الطير قد لا يحس به، ويخرج على فوره فيضمن عنده، وتنفيره في القفص لا يوجب ضمانًا، وطيرانه لم يكن من فعله[4]، وقد يقف ساعة ثم ينفر بالتنفير الأول، وهو لا يوجب ضمانًا فبطل ما قاله.

|٧٢٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أراق خمرًا لذمي، أو قتل له خنزيرًا ضمنه[5].

**وقال:** لا يضمنه[6].

لأن هذا ضمان مال لهم مصون مدخر مخلًّى بينهم وبين الانتفاع به فصار كالخل لنا، ولو أتلف على مسلم خلًّا ضمنه، كذلك هذا، ويدل على أنه مال لهم

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٠٨)، روضة الطالبين (٥/٥).

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣٣٩٤)، ومجمع الأنهر (٢/٤٧٠).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٠٩)، والمجموع شرح المهذب (١٤/٢٨٨).

(٤) أي من فعل الغاصب؛ لأن للطائر اختيارًا وقصدًا، بدلالة أنه يهرب ممن يصيده ويطلب الماء والعلف، فقد حصل خروجه باختياره، كما يفتح رأس الزق فيريقه آخر. ينظر: التجريد (٧/٣٣٩٥).

(٥) ينظر: التجريد (٧/٣٣٩٨)، والمبسوط (١١/١٠٢).

(٦) ينظر: مختصر المزني (٨/٢١٨)، والحاوي الكبير (٧/٢٢١).

ما روي أن عمر قال لهم: «ولّوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها[1]»، فسماه عمر بيعًا، وما يقابله ثمنًا فهو في حكم البيع الصحيح[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: النجاسات لا قيمة لها عند الإتلاف، فصار كالميتة والدم[3]، وكما لو أتلف على مسلم.

❁ **قِيلَ**: نجاسة الخمر طارئة يجوز زوالها فلا يمنع وجوب القيمة بإتلافه، كنجاسة الثوب، والميتةُ إن كانت لها قيمة عند قوم فهي كالخمر، والدم لا يتموله أحد[4]، وكذلك البول، فلم يكن له قيمة أصلًا، وكذلك المسلم لا يتمول الخمر، فلا قيمة لها في حقه، وهم يتمولون الخمر[5] وهي من نفيس أموالهم[6]، فاعتُبر حق المُتلَف عليه؛ لأن الضمان يجب له وهو حقه، كالمرتد لو قتل مسلمًا فإنه يضمنه، والكافر لو أتلف مصحفًا لمسلم، وتقريرنا إياهم على تموّلها يوجب أن يحكم لها بحكم المال في حقهم، وإذا حكمنا بأنها مال له أوجبنا على متلفها الضمان.

وما روي أن النبي ﷺ قال: «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»[7] فإن تحريمه

---

(١) أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال (١٣٠)، وعنه ابن زنجويه في الأموال (٢٠١) من طريق علي بن معبد، عن عبد الله بن عمرو، عن الليث بن أبي سليم، أن عمر كتب إلى العمال يأمرهم بقتل الخنازير وتقتص أثمانها لأهل الجزية من جزيتهم. قال أبو عبيد: «فهو لم يجعلها قصاصا من الجزية إلا وهو يراها مالا من أموالهم».

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣٤٠٠).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٨/٢١٨)، والحاوي الكبير (٧/٢٢١).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٣٠٥)، وتبيين الحقائق (٥/٢٣٥).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٣٠٥)، وتبيين الحقائق (٥/٢٣٥).

(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٤٠٦).

(٧) أخرجه أحمد (٢٢٢١)، وأبو داود (٣٤٨٨)، وصححه الألباني في غاية المرام (٣١٨).

لا يمنع الملك، كالسمن النجس[(١)]، والصيد للمُحرِمِ، على أنا ما يجب بالإتلاف يُسمى قيمةً لا ثمنًا[(٢)].

|٧٢٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا صال عليه جمل فقتله ضمن[(٣)] قيمته[(٤)].

**وقال:** لا يضمن[(٥)].

لأنه استهلك مال غيره لإحياء نفسه من غير إباحة مَن له الإباحة فيه فضمنه، كمن أكل طعام غيره للضرورة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** استهلك مال غيره بإباحة حصلت له بجناية المستهلَك فلا يضمن، كما لو شهر عليه عبد سيفًا فقتله، أو صال على المحرِمِ سبع[(٦)].

❁ **قِيلَ:** الجمل لا يَملك إباحة دمه؛ بدليل أنه لو قتل إنسانًا لم يُقتل، فإباحة دمه إلى مالكه، ولم توجد منه إباحة، والعبد بشهر السيف على غيره أباح دمه[(٧)]، وإباحة دمه إليه دون مولاه[(٨)]؛ بدليل أنه لو قَتل قُتل به، ولو أقر بقتل

---

(١) ينظر: التجريد (٧/٣٤٠٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) ينظر: التجريد (١٢/٦١٢٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/١٦٨).

(٤) يجب عليه قيمته عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن خلافا لأبي يوسف، قال: لا يضمن. ينظر: الجوهرة النيرة (١/١٧٦)، والبناية شرح الهداية (٤/٣٧١).

(٥) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٧٥)، والحاوي الكبير (٤/٣٤٣).

(٦) قال الجويني: (ومعتمدنا في المذهب أن البهيمة بصيالها صارت مستحقَّةَ القتل بصيالها، فقامت مقام السبع الضاري، والكلب العقور). ينظر: نهاية المطلب (١٧/٣٦٦).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٦/١١٠).

(٨) ينظر: البناية شرح الهداية (٤/٤٠١).

العمد قتل، ولو أقر عليه مولاه به لم يصح، فإذا وجدت الإباحة ممن إليه الإباحة في الشرع لم يجب على قاتله ضمان، وإباحة قتل صيد الحرم إلى الله تعالى[1]، وقد أباحه إذا قصد المحرمَ[2]، وأيضًا فإنه لا يجب لجناية الجمل ضمان على مالكه فلا يسقط بجنايته الضمان الذي يجب لمالكه.

|٧٢٦| **مَسْأَلَةٌ:** ما أفسدته الماشية من زرع فلا ضمان على صاحبها إذا لم يكن سائقًا لها[3].

**وقال:** إن أفسدت بالليل ضمن، وإن كان نهارًا لم يَضمن[4].

روي أن النبي ﷺ قال: «العجماء جُبار[5] والبئر جُبار[6]».

(١) ينظر: التجريد (٦١٢٥/١٢).

(٢) المُحرِم ممنوع من التعرض له، وليس مأمورا بتحمل أذاه بل هو مأمور بقتل ما توهم منه الأذى، كالخمس الفواسق فلأن يكون مأمورا بقتل ما تحقق منه الأذى أولى لما فيه من دفع الأذى عن نفسه، ومع الإذن من الشارع لا يجب الضمان بخلاف الجمل الصائل؛ لأنه لا إذن من مالكه. ينظر: تبيين الحقائق (٦٧/٢)، والجوهرة النيرة (١٧٦/١).

(٣) ينظر: التجريد (٦١٣٢/١٢)، وبدائع الصنائع (١٦٨/٧).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٣٧٥/٨)، والحاوي الكبير (٤٦٦/١٣).

(٥) أي: هدر، والعجماء: البهيمة، والجناية إذا هدرت سقط اعتبارها، وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء، وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر؛ لعموم الحديث. قال أبو داود: العجماء: أي المنفلتة التي لا تكون معها أحد ويكون بالنهار لا بالليل. ينظر: بدائع الصنائع (١٧٠/٦)، والبناية شرح الهداية (٢٦٩/١٣).

(٦) أي: الرجل يحفر بئرا بفلاة أو بحيث يجوز له من العمران فيسقط فيها رجل، أو يستأجر من يحفر له بئرا في ملكه فينهار عليه فلا شيء عليه. «والبئر جبار» حذف تقديره: وسقوط البئر على الشخص جبار، أو: سقوط الشخص في البئر. ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (١٠٢/٩).

ولأنه لا فعل له في موضع تصرفها فإذا أتلفت من غير فعله لم يجب عليه ضمانه، كما لو كان بالنهار(١).

ولأن حرمة النفس آكد من حرمة المال(٢)، ولو أتلفت الماشيةُ إنسانًا ليلًا أو نهارًا لم يجب الضمان عليه، فالزرع أولىٰ ألَّا يضمنه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي عن البراء أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطًا فأفسدت فيه، فكُلِّم رسول الله فيها فقضىٰ أن حفظ الحوائط بالنهار علىٰ أهلها، وأن علىٰ أهل الماشية ما أصابت ماشيتُهم بالليل(٣).

❁ **قِيلَ:** هذا حديث مضطرب(٤)، والمعروف قضىٰ بحفظ المواشي علىٰ أربابها من غير ذكر الضمان، علىٰ أنه حكم فيه بحكم سليمان، ألا تراه تلا قوله تعالىٰ: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ﴾ [الأنبياء: ٧٨]؟ فقد كان قال: خذوا الغنم فلكم ما خرج من أولادها وأصوافها إلىٰ حول، وهذا منسوخ بالاتفاق، والناسخ(٥) ـ والله أعلم ـ قول النبي ﷺ: «العجماء جبار»، ويحتمل أن يكون الضمان إذا كان صاحبها أرسلها فيه، وفائدة الخبر أنه إذا ساقها بالليل فأصاب الزرع وهو لا يعلم وجب عليه ضمانه(٦)، ولا

---

والحديث أخرجه البخاري (١٤٩٩)، ومسلم (١٧١٠).

(١) ينظر: التجريد (١٢/٦١٣٣)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٤٨٣)

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٢٩)، والبناية شرح الهداية (١١/٥٨).

(٣) أخرجه أحمد (١٨٦٠٦)، وأبو داود (٣٥٧٠)، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٥٧٥٣)، وابن ماجه (٢٣٣٢م)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد». ووافقه الذهبي.

(٤) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٥/٥٤).

(٥) ينظر: شرح معاني الآثار (٣/٢٠٤)، وأحكام القرآن للجصاص (٥/٥٤).

(٦) ينظر: التجريد (١٢/٦١٣٤).

يختلف ذلك بالعلم والجهل، فلا تصير ظلمةُ الليل عذرًا في سقوط الضمان.

* فَإِنْ قِيلَ: جنايةٌ من دابةٍ هو قادر على منعها من الإتلاف من حيث لا يتعذر عليه فلزمه ضمانه، كما لو كان راكبًا(١).

* قِيلَ: ينتقض إذا كان ذلك بالنهار، وإذا كان راكبًا(٢) فهو مباشِر للقتل؛ إذ هو المثقّل(٣)، وإذا كان له فيه فعل ضمن.

|٧٢٧| مَسْأَلَةٌ: إذا غصب عبدًا فأبق أو بعيرًا فندّ(٤) فضمن الغاصب قيمته على ما ادعاه المغصوب منه ملكه، ولو ظهر لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل(٥).

وقال: لا يزول ملكه بأخذ القيمة، وإذا وجده أخذه بعينه، ويرد القيمة عليه(٦).

لأنه أخذ كمال قيمته متملكًا له، والشيء مما ينتقل الملك فيه فزال ملكه عن المُقوّم(٧)، كما لو استولد جارية ابنه فإنه يغرم قيمتها وتكون أم ولد له، أو

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٤٦٦).

(٢) ينظر: التجريد (١٢/٦١٣٤).

(٣) وعند الحنفية: القتل بالمثقل قتل بما يقتل غالبا. ينظر: المبسوط (١١/٢٥٣).

(٤) ندَّ: شرد ونفر. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٥/٣٥).

(٥) عند الحنفية: الضمان سبب للتمليك، فإذا غصب عينًا فتعذر ردها، ضمن قيمتها، وملكها بالضمان، إن كانت مما تملك بالعقود. وإن أحضرها الغاصب فهي له. ينظر: التجريد (٧/٣٣٧٣)، وبدائع الصنائع (٧/١٥٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢١٤ و٢١٦)، ونهاية المطلب (٧/٢٦٩).

(٧) قال السرخسي: (الغصب الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به إذا أمكن كالبيع والصلح). ينظر: المبسوط (١١/٦٨).

يغصب زيتًا فيخلطه بأجود منه فإنه يضمن مثله ويكون المخلوط له[1]، ويدّعون فيه قولًا آخر.

والدليل على أنه إذا وجب عليه كمال قيمته صار مملوكًا له: ما رواه أبو موسى الأشعري: أن النبي ﷺ كان في ضيافة رجل من الأنصار فقُدِّم إليه شاة مشوية فجعل يَلُوكُهَا ولا يُسِيغُهَا، فقال النبي ﷺ: «ما شأنها؟» فقالوا: شاة جارٍ لنا ذبحناها لنرضيه بالثمن، فقال ﷺ: «أطعموها الأسارى»[2]، فلما أباح له التصدق به ولم يأمره بحفظ عينه عليه أو بيعه وحفظ ثمنه إن كان يُخشى الفساد عليه دلَّ على أن ملك صاحبه وحقه عنه منقطع[3]، ولم يكن صدقة من قبل النبي ﷺ؛ إذ لم يخبر الذابح ببراءته، حيث قال: «لنُرضيه بالثمن»[4].

ولأنه ملك القيمة، بدليل أنه يجوز له الانتفاع بها[5]، إذ لو لم يُبح له الانتفاع بها لكان معنى العين قائمًا، أو هو محال بينه وبين الانتفاع لملكه[6]، فإذا ملك القيمة وهي تُقابل العين[7] وجب أن يزول ملكه عن المقوم لاستحالة اجتماعهما في ملكه[8]، ولا يجوز أن يكون انتفاعه بالقيمة بدل انتفاع الآخر

(١) ينظر: التجريد (٣٣٧٣/٧).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٦٠٢). قال ابن حجر: «هذا معلول». ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢٠١/٢).

(٣) ينظر: المبسوط (٦٨/١١)، وتبيين الحقائق (٢٢٧/٥).

(٤) هذا الحديث جعله أبو حنيفة أصلا في أكثر مسائل الغصب. ينظر: المبسوط (٦٨/١١).

(٥) القياس أن يجوز الانتفاع به، وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره. ينظر: تبيين الحقائق (٢٢٧/٥)، والبناية شرح الهداية (٢٠٨/١١).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (١٥٣/٧)، وتبيين الحقائق (٢٢٧/٥)

(٧) ينظر: التجريد (٣٣٧٤/٧).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (١٥٢/٧)، والمحيط البرهاني (٢٣٣/٧).

بالعين ؛ إذ هو لا يبيح له الانتفاع بالعبد ، ولا يجوز أن تكون القيمة عنده على سبيل الرهن ؛ لأنه لم يُطالب بالرهن ولا يوجب الرهن له ، ولو كان رهنًا لم يكن له التصرف فيه ، ولم يُجبر الغاصب عليه ؛ إذ مَن عليه حق لا يجبر على إعطاء رهن .

* **فَإِنْ قِيلَ**: لو ملك العبد بالقيمة لكان معاوضة ، والإباق يمنع عن إثبات ضمان يقصد به المعاوضة ؛ دليله ضمان الثمن بالبيع[(١)] .

* **قِيلَ**: يأخذ منه قيمته فينتقل الملك فيه إليه حكمًا من غير قصده ، وقد يملك بالتضمين ما لا يجوز بيعه ، كما نقول في الأب إذا ادعى استيلاد جارية ابنه وهي آبقة فإنه ينقل الملك إليه بالضمان[(٢)] ، وكذلك في الجارية بين شريكين يستولدها أحدهما ، وإنما لم يجز بيع الآبق ابتداءً ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه[(٣)] ، وها هنا الشي مُسَلّم إليه .

وقولهم: إنه إذا كان مقتولًا أو محرقًا فضمنه لم يملكه غير مُسَلّم ، بل نقول: ينتقل الملك إليه قبل هلاكه ، وإنما لا يكون له الخيار إذا ظهر العبد ؛ لأنه وُجد منه الرضا بزوال ملكه عن العبد بهذا البدل فلا يكون له الخيار ، ولو كان أخذ في القيمة بقول الغاصب لكان له الخيار ؛ لأنه لم يُوجد منه الرضا بزوال ملكه عن العبد بهذا البدل فيكون له الخيار فيه[(٤)] .

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢١٧).
(٢) ينظر: المبسوط (١١/٤٠).
(٣) ينظر: التجريد (٧/٣٣٧٦).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٢).

|٧٢٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا خرَّق ثوبًا وفوَّت أكثر منافعه فله أن يغرمه كمال قيمته، وينتقل الملك في الثوب إليه، وكذلك إذا جنى على عبد جناية فاحشة فله أن ينقل الملك إليه ويغرمه قيمة العبد(١).

**وقال:** يغرمه النقصان(٢).

لأنه فوَّت جل منافعه ثوبًا فكان له أن يغرمه كمال قيمته، كما لو حرق ثوبه فإنه يغرم كمال قيمته، وإن كان للحراق قيمة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** جناية على سلعة فلا يلزم أكثر من النقصان كالجناية اليسيرة(٣).

❁ **قِيلَ:** لو أوجبنا في الجناية اليسيرة القيمة لم نستدرك للمُفوَّت بدلًا؛ لأن المقومين يختلفون فيه، فأوجبنا النقصان ليستدرك به بدلًا عن الفائت(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** أتلف جزءً معينًا بجناية استقر أرشُها فلا يغرم أكثر من الأرش(٥).

❁ **قِيلَ:** يبطل بمن غصب طعامًا فبلّه فله أن يُضمنه النقصان، وهو متقرر، ولولا تقرره لم يصل إلى تضمينه، وله أن ينقل الملك في الطعام إليه ويُغرمه كمال القيمة(٦).

---

(١) ينظر: التجريد (٣٣٠٣/٧)، وبدائع الصنائع (٢٠١/٧)، والمحيط البرهاني (٤٩٨/٥).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٤١/٧).
(٣) ينظر: مختصر المزني (٢١٧/٨)، ونهاية المطلب (١٩٧/٧) ز
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٣٦/٣)، ومجمع الأنهر (٨٦/١).
(٥) ينظر: بحر المذهب (٤١٢/٦).
(٦) ينظر: التجريد: (٣٣٦٤/٧)، والمبسوط: (٩٠/١١).

|٧٢٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا اغتصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها وشواها، أو حديدًا فاتخذ منه إناء كان الغاصب عليه مثل الحنطة، والحديد، وقيمة الشاة[١].

لنا: خبر الأنصاري[٢]، قد بينا كيفية الاستدلال منه.

ولأنه لا يمُلك بالاسم الأول بعدما طحنه؛ بدليل أنه لو قال: بعت منك هذه الحنطة فإذا هي دقيق فالبيع فاسد، وينقطع حق الواهب بالطحن، فوجب أن ينقطع حق المغصوب منه، كما لو غصب بيضة فحضنها تحت دجاجة[٣]، أو بذر الدود فجعل منه الإبريسم[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: المأخوذ غصبًا إذا وجب رده بهيئته وجب رده بغير هيئته إذا لم يتعذر تسليمه، كما لو غصب نقرة فطبعها[٥] دراهم، أو ثوبًا فقصره[٦].

❁ **قِيلَ**: هذا غيرُ المأخوذ غصبًا، وقد تعذر رد المأخوذ فصار كما قلنا في

(١) وانقطع حق المغصوب منه عنها، ولا يحل للغاصب الانتفاع بها حتىٰ يؤدي بدلها. ينظر: التجريد (٣٣٦٦/٧)، والبناية شرح الهداية (٢٠٣/١١).

(٢) حديث الأنصاري أخرجه أحمد (١٨٥/٣٧)، وأبو داود (٣٣٣٢)، من طريق عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلاً من الأنصار، أخبره، فذكره في سياق طويل، ثم قال: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، فأرسلت المرأة، قالت: يا رسول الله، إني أرسلت إلىٰ البقيع يشتري لي شاة، فلم أجد فأرسلت إلىٰ جار لي قد اشترىٰ شاة، أن أرسل إلي بها بثمنها، فلم يوجد، فأرسلت إلىٰ امرأته فأرسلت إلي بها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعميه الأسارىٰ» وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٩٦/٣).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (١٧/٨)، والمحيط البرهاني (٤٧٦/٥).

(٤) ينظر: المبسوط (٩٣/١١)، وبدائع الصنائع (١٤٤/٥).

(٥) النُّقْرَةُ من الذهب والفضّة: السَّبيكة، وطبعها: صاغها وسكَّها. ينظر: لسان العرب: (٢٢٩/٥)، والمصباح المنير. (٦٢١/٢).

(٦) ينظر: الأم للشافعي (٢٦٠/٣)، والحاوي الكبير (١٧٤/٧).

البيض، وأما النقرة إذا ضربها فلم ينقلها عن جنسها، ولا وصلها بزيادة متقومة إذا لاقت جنسها، فصارت كما لو بقيت بحالها، وتُملك بالاسم الأول، وكذلك الثوب إذا قطعه والشاة إذا ذبحها فلم ينقطع حق صاحبه عنها[1].

|٧٣٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قطع يدي عبد أو فقأ عينيه فلصاحبه أن يغرمه كمال قيمته ويسلم العبد إلى الجاني، فإن لم يُسلم العبد فلا شيء له في قول أبي حنيفة[2].

**وقال:** له أن يمسك العبد ويُغرّمه النقصان[3].

لأنه أخذ كمال قيمته متملكًا له، والشيء مما ينتقل الملك فيه فزال ملكه عن المقوَّم، كما ذكرنا في الأب يستولد جارية ابنه، فإذاً: وجب له كمال القيمة بشرط تسليم العين إليه، فإذا لم يسلم لم يستحق شيئًا، كما لو منع المبيع.

ولأن ما دون النفس من العبيد يُجرىٰ به مجرىٰ الأموال[4]، وليس في ضمان الأموال أخذ جميع القيمة مع بقاء الملك في العين.

ولأن الجناية إتلاف فلا يزيد به مال المجني عليه علىٰ ما كان؛ بدليل إتلاف شيء منه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ضمان الإتلاف يستقر من غير تسليم ما بقي بعده إلىٰ المتلِف؛

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (١٥٨/٧)، والبحر الرائق (١٣٠/٨).

(٢) ينظر: التجريد (٣٣٠٩/٧)، والغرة المنيفة (١٠٩).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٧٣/٧)، وأسنىٰ المطالب (٥١٩/١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣١٣/٧).

دليله: لو قطع إحدىٰ يدي العبد[١]، أو جنىٰ علىٰ غير الرقيق[٢].

❁ **قِيلَ**: لو أوجبنا كمال القيمة فقد أوجبنا قيمة المتلَف والباقي، ولم نفرد المتلف بالضمان فنقلنا الملك في الباقي إليه، وليس كذلك إذا قطع يدًا واحدةً؛ لأنه لا يمكن نقل الملك في النصف المُعيّن الذي فوت اليد منه؛ إذ تمليك نصف بعينه لا يجوز[٣].

ولأن الحكم إذا عُلق بجملة لم يجز تعليقه بأبعاضه[٤] كما يقطع في سرقة عشرة، فلو سرق خمسة لم يقطع بقدره، وفي غير الرقيق يجب النقصان، ولا يجب كمال القيمة، ومتىٰ أوجبنا القيمة نقلنا الملك في الباقي إليه.

**وقوله**: إن قطع اليدين لا يخلو أن يكون مضمونًا فيكون له أن يُضمنه أرشه، أو عبد مضمون فلا يجب بقطعه أرش وإن سلم عبده.

❁ **قِيلَ**: هو مضمون فوجب ضمان ما فوت، وباقي الشخص فيخلفه في باقي الشخص أو أضمن قيمته.

| ٧٣١ | **مَسْأَلَةٌ**: إذا قطع يد عبد ففيه نصف القيمة في قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الأول[٥].

---

(١) العبد يضمن عند التلف والإتلاف بأقصىٰ قيمته، ولو قطع الغاصب إحدىٰ يدي العبد التزم أكثر الأمرين من نصف قيمته أو أرش النقصان لأنه تلف تحت يده إذا قلنا جراح العبد مقدر، ولو سقطت يده بآفة سماوية لا يضمن ألا أرش النقصان. ينظر: الشرح الكبير (٥/٤١١).

(٢) كأن يجني علىٰ حر.

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية (١٣/٣٠٩).

(٤) ينظر: التجريد (٧/٣١٧١)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٨٠).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٧/٨٩)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥٨).

**وعلى أحد قوليه**: فيه النقصان[1].

لأن الجناية على العبيد محمولة على الجناية على الأحرار، وفي إحدى يدي الحر نصف الدية، فوجب أن يكون في إحدى يدي العبد نصف القيمة[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو كان هذا كالجناية على الأموال لوجب من النقصان، أو كان كالجناية على الأحرار لكان ينبغي أن يكون في إحدى الأذنين أو الحاجبين نصف القيمة[3].

❁ **قِيلَ**: لما أُوجب في اليدين كمال القيمة دل على أن الموجب فيه مقدر، كالجناية على الأحرار، ففي إحدى الأذنين والحاجبين نصف القيمة[4]، رواه الحسن عن أبي حنيفة[5]، فلا نُسلم ما قال، وإن سلمنا على رواية محمد فالاحتراز عنه أن الجناية فيما يُنتفع به كالجناية على الأحرار، والأذن والحاجب ليس به انتفاع، وإنما هو للزينة فقط[6]، والحر والعبد يختلفان فيما يرجع إلى الزينة، ويتفقان في الانتفاع، فلذلك فرقنا ثَم وسوينا ها هنا.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٦١)، وروضة الطالبين (٩/١٧٣).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (١٩٠)، وتبيين الحقائق (٤/١٠٨).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٦/٣٤٠)، والشرح الكبير (١٠/٣٥٦).

(٤) ينظر: مختصر القدوري (١٩٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣١٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣١٢).

(٦) الحاصل: أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه، وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان. ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣١٣).

|٧٣٢| **مَسْأَلَةٌ:** من فقأ عين دابة أو بقر أو بعير ففيه ربع قيمته[١].

**وقال:** فيه ما نقصه[٢].

روي عن عمر[٣] أنه قضىٰ في عين الدابة بربع قيمتها، فهذا قضاء عام في كل دابة، ولم يعرف له مخالف.

ولأن فيه منفعتان: منفعة الأكل، ومنفعة العمل، فانقسم نصفين، ثم بفوت عين يفوت نصف العمل، فوجب فيه نصف النصف وهو الربع[٤]، ومن أصحابنا من قال: يُحمل عليه، فأرش عينه مقدر كالعبد[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: جناية علىٰ العين فلا يكون الواجب فيها مقدرًا، كما لو قطع يده ورجله[٦].

۞ **قِيلَ**: لا تقدير في حاجبا العبد ولحيته[٧]، ولا يمنع ذلك أن تكون سائر أعضائه مقدرة، وليس في الشاة منفعة العمل؛ فلذلك يوجب في عينه للنقصان، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (٣٣١٥/٧)، تبيين الحقائق (١٥٣/٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣٩/٧).

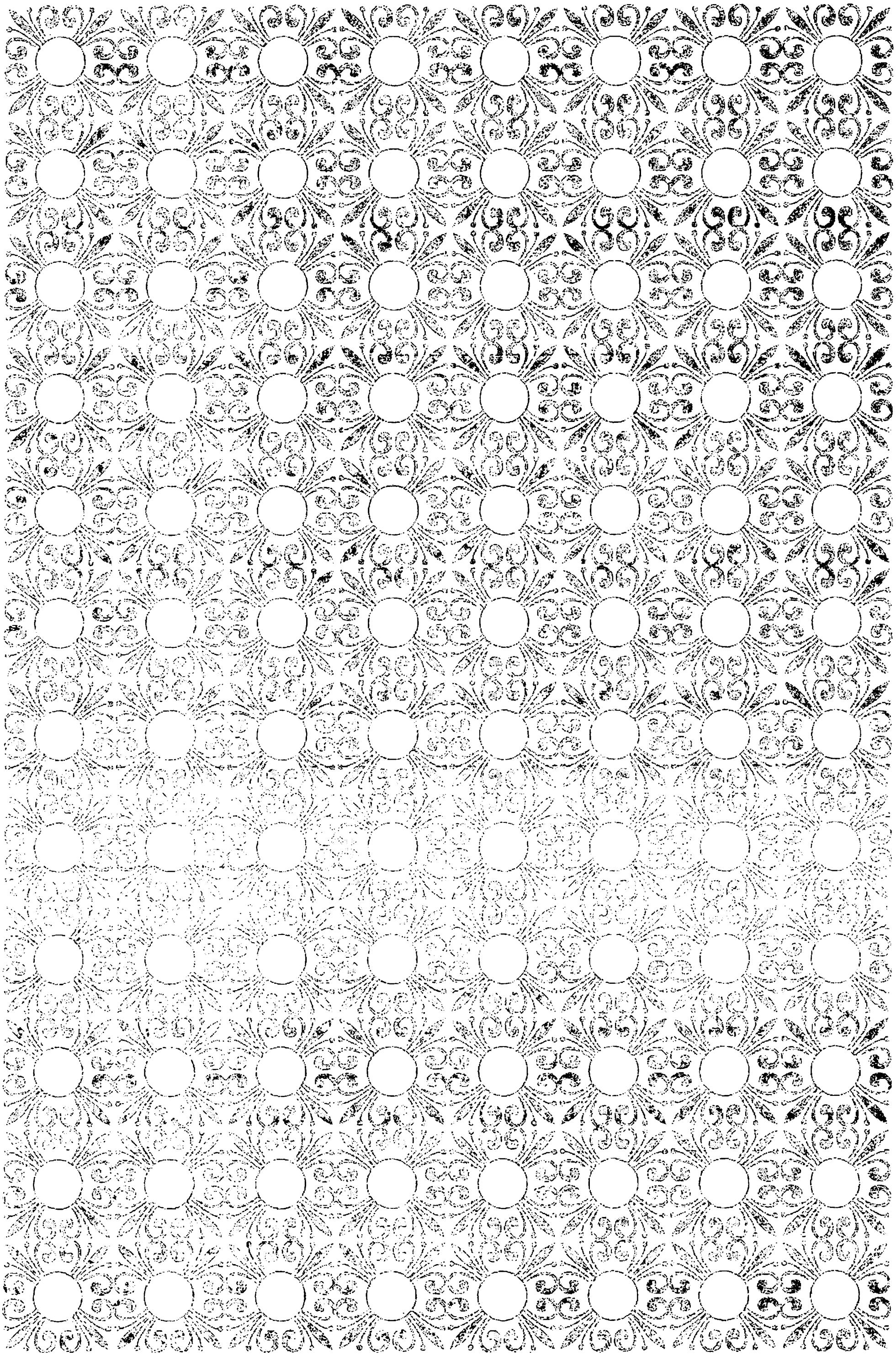
(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٨٤١٨)، والسنن الكبرىٰ للبيهقي (١٦٣١٣).

(٤) وقيل: لأن الدابة تصلح للحمل والركوب والعمل، ولا تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين: عينيها، وعيني المستعمل، فصارت كذات أربعة أعين، فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٦٣/٣)، ومجمع الأنهر (٦٦٥/٢).

(٥) ينظر: التجريد (٣٣١٧/٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٤٩/١٢).

(٧) في لحية العبد روايتان: روىٰ الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب كمال القيمة، وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة. ينظر: المبسوط (٧٢/٢٦).



# كتَابُ الإقرار

|٧٣٣| إقرار المريض لوارثه لا يجوز إلا أن يجيزه سائر الورثة(١).

**وعلى أحد قوليه:** يجوز(٢).

ابن عمر قال: من أقر لوارث لم يجز إلا ببينة، ومن أقر لغير وارث فقد جاز وإن أحاط بماله(٣).

ولأنه ينفع وارثه بقوله في حال مرضه فلم يجز، كما لو أوصى له.

ولأنه محجور عليه في حق الورثة بدليل أن ما جُعل له التصرف فيه كيف شاء ـ وهو الثلث ـ لا يوجبه له، وإذا كان محجورًا عليه في حقه لم يجز إقراره له، كالمحجور عليه إذا أقر(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** ليس إذا لم يوجب له الثلث بوصيته لم يوجب له بإقراره، كالأجنبي لا يوجب له الثلثين بالوصية، ويوجب ذلك بإقراره(٥).

❁ **قِيلَ:** لأنه لم يحجر عليه في حق الأجنبي(٦)؛ بدليل أنه يوصى له بالثلث الذي جعل له الوصية به، فكذلك يُقر له بالجميع الذي جعل له الإقرار به، ولا

---

(١) ينظر: التجريد (٣٢٠١/٧)، والمبسوط (٣١/١٨).

(٢) ينظر: المهذب (٤٧٢/٣).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤٤٩/٥)، والمبسوط (٢٤/١٨).

(٤) ينظر: التجريد (٣٢٠٤/٧)، والمبسوط (٨٥/٢٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣٠/٧).

(٦) ينظر: فتح القدير (٣٩٠/٨/٧).

يوصى للوارث بالثلث ، فلا يجوز له أن يقر بالكل ؛ لأن جميع ماله في نفوذ إقراره فيه كالثلث في نفوذ الوصية .

ولأنه لما مرض تعلق حق الورثة بماله[١] فليس له أن يزيد ، وليس له أن يقطع ، وقد جرت العادة حالة المرض بتفضيل بعض الورثة على بعض ، فإذا أراد إيجاب زيادة له بإقراره لم يجز ، كما لا يوصيه بوصيته .

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل حال صح الإقرار فيها للأجنبي صح الإقرار للوارث كالصحة[٢] .

❊ **قِيلَ**: حال الصحة حال إطلاق[٣] ، بدليل أنه لو باع من وارثه في حال صحته وحابا جاز ، وبالمرض يلزمه حجر في حق الوارث ؛ بدليل أنه لا يجوز بيعه من وارثه أصلًا عند أبي حنيفة[٤] ، وعندهم لا يجوز بمحاباة ، فجواز إقراره له حال الإطلاق لا يدل على جوازه حال الحجر ، كالعبد يصح إقراره حال إطلاقه في حق المولى ، ولا يجوز في حال الحجر ، وفي الوصية يستوي حال المرض والصحة ؛ لأن الحق يجب بها عند الموت ، وهي حال الحجر فلم يصح أصلًا .

وقد جرت العادة بإيثار بعض الورثة على بعض حال المرض[٥] فلحقته التهمة في إيثاره ببعض ورثته فأبطل للتهمة ، ولا يبطل في حق الأجنبي الذي لا تهمة فيه ، كشهادته لأبيه تبطل للتهمة ، ولا تبطل حيث لا تهمة ، وأما إذا أقر

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٢٤) ، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٨٧) .

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٣٠) .

(٣) ينظر: التجريد (٧/٣١٩٠) .

(٤) ينظر: المبسوط (٢٨/٧٩) .

(٥) ينظر: المبسوط (١٨/٢٨) ، وبدائع الصنائع (٧/٢٢٦) .

لأخيه في مرضه ثم ولد له ابن فقد ظنناه وارثًا فلم يكن، وتبين لنا أن التهمة لا تلحقه فصح ذلك الإقرار(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يصح إقراره بوارث فصح إقراره لوارث(٢).

۞ **قِيلَ**: إقراره بوارث لا يوجب استحقاقًا، لجواز أن يكون وارثًا وجواز ألا يكون وارثًا، وإنما هو سبب يستحق به، ويجوز أن يقبل في السبب ما لا يُقبل في المسبب كشهادة القابلة(٣).

|٧٣٤| **مَسْأَلَةٌ**: المريض إذا أقر بدين وعليه دين الصحة بدئ بدين الصحة(٤).

**وقال**: يتحاصون فيه(٥).

لأنه بالمرض تعلق حق غرماء الصحة بعين ماله، ولزمه الحجر لحقهم؛ بدليل أنه لا تصح هبته وتبرعاته، ولولا حقهم جاز في الثلث، فصار دين الصحة دين إطلاق، ودين المرض دين حجر، فدين الإطلاق أولىٰ، كالعبد إذا أقر وهو مأذون ثم حجر عليه فأقر(٦)، وعنده المحجور عليه للإفلاس إذا أقر صح إقراره، فقدم دين الإطلاق عليه علىٰ أظهر قوله(٧).

---

(١) ينظر: قره عين الأخيار (٨/٣٠٣).

(٢) ينظر: بحر المذهب (٦/١١٨)، والبيان للعمراني (١٣/٤٢١).

(٣) ينظر: التجريد (٧/٣٢٠٦).

(٤) ينظر: التجريد: (٧/٣١٨٩)، والمبسوط (٢٣/١٥٦).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٧/١٢٧)، ومختصر المزني (٨/٢١١).

(٦) ينظر: التجريد: (٧/٣١٩٠).

(٧) ينظر: التجريد: (٧/٣١٩١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: المرض لا يؤثر في الإقرار بحال؛ بدليل جواز إقراره للأجنبي ابتداءً، فصار الإقرار في هذه الحال كهو في حال الصحة فتحاصا(١).

❁ **قِيلَ**: إذا أقر بالعين لواحد ثم أقر بها لآخر كان الأول أولىٰ، ولو لم يكن الأول لصح الإقرار الثاني، ثم الإقراران وإن صحا فقد سبق حق غريم الصحة إلىٰ العين، فكان بالعين أولىٰ، كما لو كان بأحد الدينين رهن، وثبوت الدين الثاني لا يقتضي المحاصة، كالمحجور عليه إذا أقر فإنه يصح، ويؤخذ بعد عتقه، ولا يحاص دين الإطلاق(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: تعلق حق الورثة بمال المريض لا يمنع إقراره، فكذلك تعلق حق الغريم.

❁ **قِيلَ**: يبطل هذا بالرهن، علىٰ أنه يقدر علىٰ إبطال حق الورثة بإقراره، كما لو أقر بوارث هو أقرب من هذا الوارث، ولا سبيل له إلىٰ إبطال حق الغريم بجهر فلا يصح الإقرار الثاني في حقه، وإن كان يصح في حق الوارث(٣).

وأما إذا اشترىٰ بمثل منه فقد نقل حق الغريم ولم يبطل، وأما إذا تزوج فدخول البضع في الملك متقدم فصار كالشراء.

ولأن المهر يثبت وإن لم يُسم(٤)، فلا يكون إبطاله بقوله، وإنما يجب ذلك حكمًا، وكذلك إذا استولد جاريته، فإن النسب يثبت ويعتق حكمًا لا قصدًا منه، علىٰ أن الاستيلاد فعل، والفعل لا يلحقه حجر، وأما إذا أوجب بالبينة فلا تهمة

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٧/٣٠)، والتنبيه في الفقه الشافعي: (١٠٠).

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣١٩١).

(٣) ينظر: التجريد (٧/٣١٩٧).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٤).

فيه ولا حجر عليه فساوىٰ دين الصحة، كما لو ادعىٰ رجلان عينًا في يد آخر وأقام كل واحد منهما البينة فإنه يقضىٰ بينهما، وبينة أحدهما لا تمنع بينة الآخر[1]، والإقرار بها لأحدهما يمنع الإقرار للثاني.

|٧٣٥| **مَسْأَلَةٌ:** أحد الاثنين إذا أقر بأخٍ ثالث وكذبه أخوه فيه لم يثبت نسبه، وشارك المقر في نصيبه، وأخذ منه نصفه[2].

**وقال:** لا يشاركه[3].

لأنه أقر له بالشركة في ماله بنسب لم يحكم ببطلانه فوجب أن يشاركه فيه[4]، لأن من أقر لغيره بما يملكه في الظاهر أو ببعض ما يملكه صح[5]، كما لو لم يكذبه الآخر، أو كان الابن واحدًا فأقر بأخ، ولا يلزم معروف النسب، ولا حال تكذيب المقر له؛ لأنه حكم ببطلان النسب، ويجوز ألا ينسب النسب المُحال عليه الاستحقاق ويثبت الاستحقاق، كما لو أقر علىٰ أبيه بدين أو وصية فإن ذلك لا يثبت علىٰ الأب، ويقضي من نصيب المقر[6]، وأحد الشريكين إذا أقر بشريك ثالث فإن شريكه الثالث لا يثبت والتحريم يقع، وإذا قال لعبده وهو معروف النسب: هذا ابني عتق، والنسب لا يثبت، وإذا أقر المشتري أن البائع

(١) ينظر: المحيط البرهاني (٩/٤٨)، وقره عين الأخيار (٨/١٣٤).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٦/١٩٥)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/٤٠٠).
(٣) ينظر: البيان للعمراني (١٣/٤٨١).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٦/١٩٥)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/٤٠٠).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٨٩)، والجوهرة النيرة (١/٢٥٨).
(٦) يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه ولا شيء للمقر إن لم يفضل منه شيء لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه. ينظر: البحر الرائق (٨/٤٨٦).

كان أعتق العبد فإنه يعتق على المشتري، ولا يرجع على البائع بالثمن[1]، وقد قال المخالف أن العبد لو أقر بالسرقة فإنه يثبت القطع، ولا يرد المال إلى المسروق منه[2]، وليس كذلك إذا قال: بعت هذا العبد من فلان بألف درهم، وقال فلان: العبد لي ولم أشتره، فإنه لا يؤمر بتسليم العبد؛ لأن الإقرار جائز عندنا[3]، ولو صدقه المشتري بعدما كذبه كان له أن يأخذ، فلا فصل بين الموضعين، غير أنه في هذا المحل أقر له بالملك بعوض ولم يقر على نفسه بوجوب التسليم إليه قبل سلامة العرض له، فلا يلزم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الميراث إذا استُحق بجهة النسب فلا يثبت إلا بثبات النسب؛ دليله لو أقر بمعروف النسب، أو كذبه المقر له[4].

❁ **قِيلَ**: يشاركه فيما في يده، ولا نقول بأخذه إن شاء، إذ هو أقر بشيئين: بالنسب، واستحقاق المال، وكل واحد منهما ينفرد عن صاحبه؛ إذ يستحق المال من ليس بينه وبينه نسب كالزوج وولاء الموالاة، وقد لا يرث بالنسب مثل: القاتل، والكافر[5]، فيأخذ المال لا على سبيل الإرث، على أنه إذا كان معروف النسب أو رد إقراره فقد حكم ببطلان إقراره فلا يستحق به، وأما إذا لم يحكم فيجوز أن يستحق، كما لو أقر على امرأته بأنها ارتدت فإنه يقع التحريم، ولا يبطل المهر، ولو أقر عليها وهي في المهر بأنها ارتدت لم يقع التحريم[6]؛ لأنه

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٨٩/٣).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٢٣٨/٣)، والشرح الكبير (٢٧٨/٥).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٢٤٧/٨)، والمبسوط (٥٦/١٨).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨٩/٧).
(٥) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢٤٥)، والجوهرة النيرة (٣٠٣/٢).
(٦) ينظر: المحيط البرهاني (٤١٧/٨).

رد عليه قوله بها، وفي مسألتنا لو صدقه سائر الورثة ثبت له الشركة في مالهم، ولو كان معروف النسب أو كذبه لم يثبت، فإذا لم يُصدقه الباقون وجب أن تثبت له الشركة في نصيب المقر، كما قلنا في أحد الشريكين لو أقر بثالث[(١)].

|٧٣٦| **مَسْأَلَةٌ:** إذا مات وخلف ابنًا واحدًا فأقر بأخ فإن نسبه لا يثبت في قول أبي حنيفة ومحمد[(٢)]، وروي عن أبي يوسف: أنه يثبت[(٣)].

قال أبو الحسن: إنما لا يثبت عند التحاجر إذا جحده غيره من الورثة، فإن لم يكن إلا هذا الوارث ثبت نسبه عندهم جميعًا، كما روي عن أبي يوسف[(٤)]، فإن كانا اثنين أو جماعة يثبت النسب.

**وقال:** لا يثبت النسب[(٥)].

فعلى ما قرر أبو الحسن لا خلاف، وعلى ظاهر الرواية يقول: يقر بالنسب على غيره، ولم يقترن قوله بما تقطع الحقوق به فلا يثبت به ذلك الحق، كما لو كان وارث آخر فكذبه في قول الاثنين فصاعدًا تقطع الحقوق به فجاز أن يثبت به[(٦)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٠).
(٢) ينظر: المبسوط (٣٠/٧١)، والأصل للشيباني (٦/١٥٢).
(٣) وله قول آخر موافق لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن. ينظر: الأصل للشيباني (٦/١٥٢)، والتجريد (٧/٣٢٤٧).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٠).
(٥) ينظر: روضة الطالبين (٤/٤٢٢)، ومغني المحتاج (٣/٣١١).
(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٢٤٧).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: عبد الله بن زمعة لما قال: هو أخي، وابن وليدة أبي، ولد علىٰ فراش أبي، قال ﷺ: «هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر»(١).

❊ **قِيلَ**: النبي ﷺ علم بالفراش فألحقه به، ولم يثبت النسب بأنه ولد ابن زمعة(٢) ألا تراه لم يعتبر تصديق باقي الورثة، وقال: «الولد للفراش».

|٧٣٧| **مَسْأَلَةٌ**: إذا أقر أحد الورثة بدين علىٰ الميت وفي نصيبه وفاءٌ قضي جميعه من نصيبه(٣).

**وقال**: يقضىٰ منه بالحصة(٤).

لأنه يقر بأن ما يأخذه يأخذه إرثًا ولا إرث مع الدين فوجب أن يقدم قضاء الدين عليه، كما لو كان الوارث واحدًا.

ولأن الدين إنما يقضىٰ من الناض(٥) من التركة، والناض ما يمكن القضاء منه، ولا يمكن القضاء من نصيب الجاحد، فوجب أن يقضي جميعه من نصيبه(٦)، كما لو توىٰ بعض المال أو غصب فإنه يقضي الدين من الباقي، كذلك

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٩٣)، والشرح الكبير (٩/٥٤٥).
والحديث أخرجه البخاري (٢٠٥٣)، ومسلم (١٤٥٧).
(٢) ينظر: التجريد (٧/٣٢٤٩)، والمبسوط (٢٨/١٨٦).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٥/٥١٠)، والتجريد (٧/٣٢٥٣).
(٤) قولان للشافعي؛ القديم موافق لأبي حنيفة، والجديد: أنه لا يلزمه من الدين إلا نسبة نصيبه من التركة. ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٠٣)، والشرح الكبير (٥/٣٤٩).
(٥) الناض من المال هو ما كان عينًا. ينظر: تهذيب اللغة (١١/٣٢٢).
(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٢٥٤).

هذا، ولا يلزم إقرار أحدهما بالوصية بالثلث إذا جحده الآخر(١) فإنه يأخذ من نصيب المقر الحصة؛ لأن الموصىٰ له شريك جاحد الورثة(٢)، ولو هلك بعض المال أو غصب سقط من حقه بقدره، فكذلك إذا مات وفات القضاء من نصيب الجاحد وجب أن يأخذ من نصيب المقر بقدره، والدين لا يثبت علىٰ سبيل الشركة؛ بدليل أن ما يتلف من المال لا يتلف علىٰ الحقين(٣)، بل يجب قضاء جميعه من كل جزء من التركة الذي يمكن القضاء منه فوجب أن يقضىٰ من نصيبه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو شهد مع آخر ابتداء بذلك الدين قبلت الشهادة وقضي من نصيب الجميع، ولو كان يلزمه بإقراره قضاء جميعه وهو مأمور بذلك الإقرار في كل حال لكان بالشهادة دافعًا ملزمًا فلا يقبل(٤).

❁ **قِيلَ**: لا نقول بأنه مأمور بالإقرار لأنه يلزمه جميعه، وإنما ينبغي أن يشهد علىٰ أنه قبل أن يقر لم يلزمه الغُرم، فلم يكن دافعًا مغرمًا؛ إذ لا يلزمه في حال الشهادة إلا النصف(٥)، ولا يقال: إنه لولا سبْق الإقرار لكان دافعًا فلا نقبل شهادته؛ لأنه لو قذف إنسانًا ثم شهد لم تقبل، ويقضىٰ علىٰ الشهود، وقُبلت شهادته إن لم يكن رافعًا حدًا سواء كان مأمورًا بالإقرار أو لم يكن، فإنه لا يتعلق بهذا معنىٰ(٦).

ولأنه وإن كان مأمورًا في الحال بالإقرار فقبل أن يقر لم يلزم، وأما إذا كان

(١) ينظر: المبسوط (٢٨/٤٠).
(٢) المصدر السابق.
(٣) ينظر: التجريد (٧/٣٢٥٥).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٠٣)، والشرح الكبير (٥/٣٥٠)
(٥) ينظر: التجريد (٧/٣٢٥٦).
(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٢٥٧).

لأمته ثلاثة أولاد فقال أحدهم: ولدي، فإنه يعتق من كل واحد ثلاثة؛ لأن الأصغر لا يعتق كله بثبوت النسب(١)، والنسب لم يثبت فلا يعتق هذا، ويستحيل سراية عتق بنسب لم يثبت.

|٧٣٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: غصب منه ثوبًا في منديل لزماه(٢).

**وقال:** يلزمه الثوب وحده(٣).

لأن الغصب تناوُل، وقد يتناوله مظروفًا، فكان مقرًّا بتناولهما، وتناولهما وغصبهما يصح؛ فلزمه ردهما.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: إضافة المقر به إلىٰ مكانه لا يتضمن إقرارًا بذلك المكان(٤)، كما لو أقر بغصب ثوب في دار.

❁ **قِيلَ**: تناول الدار لا يمكن(٥)، ولا يدخل في ضمانه بإقراره بغصبه، فلذلك لا يلزمه(٦).

وقوله: يحتمل في منديل لي(٧) باطل؛ لأنه إذا قال: أجرت منه ثوبًا لزمه

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٨/٩١)، والمبسوط (٧/١٥٦).

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣١٧٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٢١).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٥)، والشرح الكبير (٥/٣١٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٥).

(٥) الدار لا تدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنها مما لا ينقل ولا يحول، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل. ينظر: فتح القدير (٨/٣٤٢).

(٦) ينظر: التجريد (٧/٣٢١٣).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٥).

رده وإن احتمل ثوبًا لي.

|٧٣٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أقر للحمل مطلقًا لم يصح في قول أبي يوسف[١].

**وقال:** يصح[٢].

لأن مطلق الإقرار محمول على الوجوب بالعقد؛ بدليل أنه يجب نقد البلد، فصار كما لو أضافه إليه، ولو أضاف بطل، كذلك هذا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** نجّز الإقرار وله جهة صحة يمكن حمله عليه فوجب أن يحمل، كما لو أقر لطفل[٣].

❁ **قِيلَ:** هذا يبطل بما لو أقر لدابة فإنه لا يصح الإقرار[٤]، وله جهة صحة وهو أن يكون أوصى أن يُعلف دابة فلان سنة[٥]، وأما الطفل فإن الولي يلي عليه، ويتصرف له، ويجب له الحق بعقد وليه، فصح الإقرار وإن كان مطلق الوجوب بالعقد.

|٧٤٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أقر بألف في موطن وأشهد شاهدين، ثم أقر بألف في موطن آخر وأشهد شاهدين أُخذ بالمالين في قول أبي حنيفة[٦].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٢١٣/٧).

(٢) فيه قولان للشافعية؛ الأول: يصح في الأظهر، والثاني: لا يصح. ينظر: النجم الوهاج (٩٠/٥، والحاوي الكبير (٣٧/٧).

(٣) ينظر: تحفة المحتاج (٣٦٤/٥)، ومغني المحتاج (٢٧٥/٣).

(٤) ينظر: التجريد (٣٢١٣/٧).

(٥) ينظر: الأصل للشيباني (١٩٧/٨).

(٦) أما في قول أبي يوسف ومحمد فهو مال واحد يؤخذ بالأكثر في ذلك والموطن في هذا والموطنان=

**وقال:** هو مال واحد(١).

لأنه مندوب إلىٰ إشهاد شاهدين علىٰ الحق، فإذا أشهد اثنين وقع الاكتفاء به، ولم يُندب إلىٰ غيره، فإذا أشهد آخرين حُمل ظاهر فعله علىٰ الندب، ولم يكن ندبًا إلا أن يكون مالًا آخر فحمل عليه.

أو لأنه إذا أشهد شاهدين فله أن يمنع من الإشهاد بعده، فإذا فعل من غير امتناع كان الظاهر أنه مال آخر، وأما إذا أشهد علىٰ نفسه ثم أقر عند القاضي فهذا مال واحد(٢)، وكذلك إذا أقر عنده مرتين؛ لأنه جواب الدعوىٰ، والدعوىٰ واحدة، فالمقر به واحد.

ولأنه مندوب إلىٰ أن يقر كل ما سُئل عنه؛ إذ لا يجوز له أن يجحد، فلم يدل الإقرار ثانيًا أنه مال آخر، وأما إذا شهد جماعة علىٰ صك فإنما لواحد(٣)؛ لأن الإشهاد وقع علىٰ ما فيه وهو واحد، وأما المجلس الواحد فهو معيد مكرر فيه؛ لأن من قال في مجلس واحد قولًا مرتين قيل: هو مكرر، فلا يقال ذلك في مجلسين، فلا يتضاعف عليه(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الإقرار إخبار عن الواجب(٥) وهو مأمور به في كل حال؛ إذ

---

= سواء حتىٰ يجيء في الإقرار أنه يدل علي أن المال الأول غير الآخر، فقوله في موطن آخر يدل علي أن الموطن الواحد بخلافه. وذكر عن أبي يوسف أنه كان يقول أولا بقول أبي حنيفة، ثم يرجع علىٰ قول محمد. ينظر: التجريد (٣٢٢٧/٧)، والمبسوط (١٠/١٨).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥٩/٧)، والمهذب (٤٧٧/٣).

(٢) ذكره الطحاوي عن ابن سماعة عن أبي يوسف. قال: وهو قول أبي حنيفة. ينظر: التجريد (٣٢٢٧/٧)، والمبسوط (١٠/١٨)

(٣) ينظر: التجريد (٣٢٢٧/٧)، والمبسوط (١٠/١٨)

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥٩/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٥٩/٧)، ونهاية المطلب (٥٧/٧).

لا يحل له أن يكتمه، قال مجاهد: إن المعاني إخبار عن ما أخبر به أولًا فلا يتضاعف[١].

❁ قِيلَ: هو غير مأمور بإشهاد آخرين، فدل ظاهر الإشهاد على أنه مال آخر، وأما العادة فإنما جرت بتكرير الإشهاد على صك واحد إذا كان المال واحدًا، فإذا لم يكن صك فلم تجر العادة به[٢].

|٧٤١| **مَسْأَلَةٌ:** ولو قال: غصبت هذا العبد من فلان، لا بل من فلان، قضي للأول بالعبد، وللثاني بالقيمة[٣].

**وعلى أحد قوليه:** لا يضمن للثاني شيئًا[٤].

لأنه أقر بالعين للأول ولا حجر عليه فيه فصح الإقرار بالعتق له، وأقر بالأخذ الموجب للضمان[٥] يد الثاني فوجب أن يُرد عليه، ولا يقدر عليه فغرم قيمته، كما لو أقر بغصب عبدٍ منه وهو هالك أو آبق أو في يد غيره يدعيه لنفسه.

|٧٤٢| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أقر بدين مؤجل لزمه حالًّا[٦].

**وقال:** يلزمه مؤجلًا[٧].

---

(١) لم أقف عليه.
(٢) ينظر: التجريد (٣٢٢٩/٧).
(٣) ينظر: التجريد (٣٢١٥/٧)، والمبسوط (٧٦/١٨)، وبدائع الصنائع (٢١٣/٧).
(٤) ينظر: المهذب (٤٨٣/٣)، والشرح الكبير المعروف بالشرح (٣٤٠/٥).
(٥) ينظر: التجريد (٣٢١٦/٧).
(٦) ينظر: مختصر القدوري (٩٨)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١٨٠/٣).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٤/٦)، والتنبيه في الفقه الشافعي (١٠٠).

لأنه أقر بالملك له وادعى حق حبسه إلى غاية فلا يصدق على دعوى الحبس، كما لو قال: هذه العين لك رهنتني، ولو قال: كفلت لك بعشرة دراهم إلى شهر فالقول قول المقر بالأجل في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول[1]؛ لأنه يجوز تعليقه بمضي المدة؛ لأنه لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد كفلت جاز، فقد أقر بضرب من المال دون غيره فيلزم من ذلك الضرب، ويكون مُعلقًا الوجوب بمضي تلك المدة، ويصح تعليقه به، ولا يكون مُقرًا بالوجوب في الحال[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** للزوم الحق جهتان: حلول وتأجيل[3]، وهو بذكر الأجل لا ينقص من الحق، لكنه مُبين إحدىٰ جهتيه موصولًا بكلامه فكان مقبولًا، كما لو عين جنسًا من الدراهم.

❁ **قِيلَ:** المؤجل ليس بحبس[4]؛ لأنه لا يستوفيه مؤجلًا، وإنما هو معنىٰ يجب من قبل رب المال[5]، ويُستحق بشرطه، والمال يصح وجوبه دونه فوجب أن يرجع إلىٰ قوله فيه.

|٧٤٣| **مَسْأَلَةٌ:** ولو قال: أخذت هذا الثوب وديعة، وقال صاحبه: أخذته غصبًا فهو غصب[6].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٢٩٥).

(٢) المصدر السابق.

(٣) وصحة وتكسير؛ وهذه صفات الدين. ينظر: كفاية النبيه (١٠/٣٨٢)، ومغني المحتاج (٣/٥٣)، وحاشية الجمل علىٰ شرح (٣/٢٧٣).

(٤) يعني: تأجيل الحق أو الدين لا يعتبر منعا عن صاحبه.

(٥) صاحب الحق.

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٠٤)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٨٥).

**وقال:** هو وديعة[1].

لأنه أقر بالأخذ الموجب للضمان وادعى البراءة عنه فلا يصدق على دعوى البراءة[2]، كما لو قال: ذبحت شاتك بإذنك، وهدمت جدارك بإذنك[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ما لا يُنافي الوديعة من الصفات لا يجعله غصبًا، كما لو قال: دفعها إلي وديعة[4].

۞ **قِيلَ**: إذا قال: دفعها فلم يحكِ الفعل عن نفسه وإنما حكاه عن غيره ولم يقر بأخذ موجب للضمان فصار هو يدعي الضمان وهذا ينكر فيكون القول قوله[5].

|٧٤٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم إلا عبدًا أو ثوبًا لم يصح الاستثناء[6].

**وقال:** يصح استثناء العبد من الدراهم[7].

لأن الاستثناء[8] في معرفة اللغة إخراج بعض ما دخل في الأول لفظًا

(١) ينظر: البيان للعمراني (١٣/٤٦٣)، وكفاية النبيه (١٩/٤٢١).
(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٨٥)، والبناية شرح الهداية (٩/٤٦٢)، وفتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/٣٧٤).
(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٠٤)، والمحيط البرهاني (٥/٤٩٤).
(٤) ينظر: البيان للعمراني (١٣/٤٦٣)، وكفاية النبيه (١٩/٤٢١).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢١٨)، ولسان الحكام في معرفة الأحكام (٢٨٦).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٥/١٥)، والبحر الرائق (٨/٤٩).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٤).
(٨) ينظر: شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك (٢/٢٠٩)، وحاشية الصبان على شرح الأشموني (٢/٢٠٨).

ومعنىً[1] ، والحنطة في معنى الدراهم ؛ لأن كل واحدٍ منهما يثبت في الذمة بنفسه مطلقًا ، ويجوز قرضه ، ويضمن[2] مستهلكه مثله ، فإذا دخل فيه معنىً صح استثناؤه ، كما قال الله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢] ، والسلام ليس بلغو ، إلا أنه مسموع كاللغو ، فدخل فيه معنىً فصح استثناؤه ، والثوب لا يثبت في الذمة[3] إلا بالوصف مقيدًا ، فلم يكن في معناه ، فلا يصح استثناؤه منه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: استثناء ما له قيمة من جملة إقراره جائز ما لم يستغرق جميع المقر به ، كما لو استثنى مكيلًا من موزون[4].

❁ **قِيلَ**: هذا خلاف اللغة ، فإن العرب لا تستثني العبد من الجارية ، ولا العتق من الطلاق ، فإذا لم يكن له أصل في اللغة لم يجز إجراؤه عليه في الشرع[5].

|٧٤٥| **مَسْأَلَةٌ**: إذا قال لفلان عليَّ دراهم كثيرة لزمه عشرة دراهم في قول أبي حنيفة[6] ، ولو قال: مال عظيم فلا نص فيه[7] ، وقيل: هو على قدر ما يستعمله

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/١٥).

(٢) كتب فوقها: «ويلزم».

(٣) ينظر: المبسوط (١٨/١٠٠)، والعناية شرح الهداية (٨/٣٣٩)

(٤) ينظر: البيان للعمراني (١٣/٤٥٦).

(٥) ينظر: التجريد (٧/٣١٧٨).

(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٨/٢٩٣)، والتجريد (٧/٣١٦٤).

(٧) إذا أقر فقال: له علي مال عظيم من الدراهم ، فإن عليه مائتي درهم مما تجب فيه الزكاة في قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن. وكذلك لو قال: مال عظيم من الدنانير ، كان عليه عشرون ديناراً=

الحاكم من حاله[1].

**وقال الشافعي**: إذا قال: دراهم كثيرة لزمه ثلاثة دراهم، ولو قال: مال عظيم بدئ بنصف حبة[2][3].

لأنه لو أقر بدراهم لزمه ثلاثة دراهم، وبقوله: كثير، وصف الدراهم بما يكون من صفاتها، فوجب أن تلزمه بتلك الصفة، كما لو قال: صحاح[4]، وتلك الصفة تُنبئ عن زيادة في عرف اللسان، لأنك تقول: رأيت قومًا، ثم تقول: رأيت قومًا كثيرًا، فتزيد بزيادة في العدد الأول، وإذا ثبت أنه يلزمه زيادة بطل مذهبه، ولا يجاوز به عشرة؛ لأن الوجوب عليه بعقده، وعقده مأخوذ من لفظه، وأقصى ما يدخل تحت لفظه عشرة؛ لأنه إذا زاد عليه فثلاثة عشر درهمًا، فلزمه منه عشرة[5]، وكذلك المال العظيم فوجب أن يلزمه بتلك الصفة، ونصف حبة لا تسمى مالًا عظيمًا في العادة، ولابد من أن يكون للوصف بالعظم معنى، وهو لا يوجب زيادة أصلًا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الشيء في جنب ما هو أقل منه كثير، فلم يُنبئ عن مقدار فلا يلزم.

---

= مثاقيل مما تجب فيه الزكاة. وإذا قال: له علي دنانير كثيرة فهي عشرون ديناراً في قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن. وفي قول أبي حنيفة عشرة دنانير. ينظر: الأصل للشيباني (٨/٢٩٣)، والمبسوط (١٨/٩٨)، وبدائع الصنائع (٧/٢٢٠).

(١) يلزمه عند الامام عشرة؛ إذ هي الكثير عنده. ينظر: قره عين الأخيار (٨/٢٢٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٦)، والشرح الكبير (٥/٣١٣).

(٣) بعضهم يقسم الدينار إلى ستين قسما يسمّى كل قسم حبة، فالحبة على هذا سدس العشر. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (٢/١٤٤٩).

(٤) ينظر: التجريد (٧/٣١٦٦).

(٥) ينظر: التجريد (٧/٣١٦٤).

۞ **قِيلَ**: للناس عرفٌ فيه، ألا ترىٰ أنهم يسمون واحدًا طويلًا والآخر قصيرًا؟ والقصير طويل بالإضافة إلىٰ من هو أقصر منه؟ ولا يطلق اسم الطويل عليه؟ كذلك لا يطلق اسم العظيم علىٰ حبة فلا يترك له، وقد يطلق علىٰ العشرة؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا قطع في الشيء التافه»[1]، ثم العشرة يقطع فيها فدل علىٰ أنها غير تافهة، وهي كثيرة في الشرع، وأما المال فهو اسم لما نتموله، فإذا فسره بما يتمول صدق فيه[2].

|٧٤٦| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: لفلان عليَّ مائة ودرهم فالجميع دراهم[3]، وكذلك إذا قال: ودينار وقفيز.

**وقال:** البيان في المائة إليه[4].

لأن الدراهم اسم للجنس والمقدار، فقد عطف مقدارًا علىٰ مقدار، وفسره بجنس فكان تفسيرًا لهما، كما لو قال: مائة وخمسين درهمًا[5]، أو مائة وثلاثة دراهم ودرهم ودانق[6]، والثوب والعبد لا ينبئ عن مقدار وكذلك الثوبان فلم يعطف مقدار علىٰ مقدار، بل أضاف مجهولًا يُرجع في بيانه إليه إلىٰ مجهول فلم

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٨٩٥٩)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٧١٦٧) من طرق عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا. ووصله ابن أبي شيبة (٢٨٦٩٧).

(٢) ينظر: التجريد (٧/٣١٦٢).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٨/٢٩٤)، والتجريد (٧/٣١٦٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٧)، وقال النووي: الجميع دراهم علىٰ الصحيح. ينظر: منهاج الطالبين (ص: ١٤١).

(٥) ينظر: التجريد (٧/٣١٧٢).

(٦) الدانق: سدس الدرهم. ينظر: مختار الصحاح (ص: ١٠٨)، والمصباح المنير (١/٢٠١).

يكن بيانًا له، فإذا قال: مائة وثوب أو عبد، كان البيان في المائة إليه، حتىٰ لو قال مائة وثلاثة أثواب كان الجميع ثيابًا؛ لأن ثلاثة مقدار، فقد عطف مقدارًا علىٰ مقدار، أو نقول بأنه عدد مبهم وثلاثة عدد مبهم، وقوله: أثواب أخرجه مخرج التفسير، فكان تفسيرًا للعددين المُجلَّيْن(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: «درهمًا» في مائة وخمسين درهمًا تفسير للعددين جميعًا(٢).

۞ **قُلْنَا**: المائة لا تُفسر بدرهم، وإنما تفسير الخمسين به، غير أن الخمسين إذا صار مفسرًا وهو معطوف علىٰ المائة صارت المائة أيضًا مفسرة به(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ما ذكر منسوقًا علىٰ عدد لم يكن تفسيرًا له، كما لو قال: مائة وثوب.

۞ **قِيلَ**: [...](٤) خمسين المقدار يصير تفسيرًا، ويبطل بمائة وخمسين، ومائة وثلاثة دراهم، وقد بينا الفصل بين الدراهم والثوب(٥).

|٧٤٧| **مَسْأَلَةٌ**: إذا قال لفلان عليَّ كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر درهمًا، وإن قال كذا وكذا درهمًا لزمه إحدىٰ وعشرين درهمًا(٦).

---

(١) المجلي هو السابق. ينظر: مختار الصحاح (ص ٢٣٩).

(٢) ينظر: أسنىٰ المطالب (٢/٣٠٣)، ومغني المحتاج (٢/٢٤٩).

(٣) ينظر: المبسوط (١٨/٩٩)، وبدائع الصنائع (٧/٢٢٢).

(٤) كلمة غير واضحة.

(٥) وقاعدتهم في ذلك أن العطف علىٰ العدد المبهم مكيلا أو موزونا يكون تفسيرا له، وإن كان مذروعا أو معدودا، كالثوب والعبد لم يكن تفسيرا له. ينظر: المبسوط (١٨/١٠٠).

(٦) ينظر: مختصر القدوري (ص٧٥)، والمبسوط (١٨/٩٨).

**وقال**: في كذا كذا ثلاثة دراهم، وكذلك ظاهر مذهبه في قوله كذا وكذا[١].

**وقيل**: يلزمه درهم وشيء في قوله: كذا وكذا.

لأنهما اسمان جُعلا اسمًا واحدًا، وفُسر بدرهمًا وأقل ذلك أحد عشر درهمًا فلزمه، وفي قوله: كذا وكذا اسم عطف على اسم، وفسر بدرهمًا وأقله أحد وعشرون درهمًا.

ولأن قوله: كذا يُنبئ عن العدد، تقول: رأيت كذا رجلًا، ولا يراد به واحدًا، وأقل عدد عطف على عدد ففسر بدرهمًا أحد وعشرون فلزمه[٢].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ذكر قوله: كذا مرتين، وهو في الظاهر تكرير وكناية عن شيء واحد، وقد عقب ببيان الجنس، فجعلنا المكنى عنه مبينًا بذكر جنسه، فلم تثبت الزيادة بالتكرير ولا ببيان الجنس؛ دليله: لو قال: عليَّ درهم درهم كان واحدًا، أو قال لامرأته: أنت طالق طالق، كان واحدًا[٣].

❊ **قِيلَ**: قوله: كذا كناية عن عدد، وقوله: درهمًا بيان جنس العدد لا بيان كميته، فاحتاجت الكمية إلى البيان، وأقل ما يصح هذا اللفظ له على ما بينا أحد عشر درهمًا[٤].

وأما قوله: طالق طالق فهما طلاقان[٥]، وفي قوله: درهم درهم يلزمه درهم

---

(١) ينظر لتفصيل الأقوال والطرق: نهاية المطلب (٧/٦٨)، والمهذب (٣/٤٧٩)، والبيان للعمراني (١٣/٤٥١)، وروضة الطالبين (٤/٣٧٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٢٢)، وفتح القدير (٨/٣٣٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٧).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٦)، وفتح القدير (٨/٣٣٣).

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/١٧٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٢).

واحد؛ لأنه معيد مكرر، فلم يتضاعف الوجوب، وقوله: كذا كذا الثاني يُنبئ عن عدد زائد في عرف اللغة، تقول: رأيت كذا رجلًا، فإن قلت: كذا كذا أنبأ عن زيادة عدد، فلا يحمل على التكرار، وإن قال لفلان: عليَّ كذا درهمًا، فإنه ينظر فيه(١).

|٧٤٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وسكت، ثم فسره بغير نقد البلد لم يجز(٢).

**وقال:** يجوز(٣).

لأن الإقرار تم بالسكوت عليه فانصرف مطلقه إلى المتعارف من نقد البلد كما ينصرف إلى الوزن المعروف، ولو أراد أن يفسره بوزن دون الوزن المعروف لم يجز، كذلك هذا(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هذا بيان جنس من غير انتقاص عدد أو مقدار فيقبل، كما لو أقر بعبد ثم نسبه إلى جنس(٥).

---

(١) أي: أن تكرر «درهم» في قول المقر: له علي درهم درهم غير تكرار الطلاق، لأن الإقرار إخبار فيجعل الثاني مؤكدا للأول والطلاق إنشاء والتأكيد لا يدخل في الإنشاء فكان الثاني غير الأول فاقتضى وقوع طلاق آخر، وغير قوله: له علي كذا كذا، لأن كذا كناية عن العدد، وزيادتها تنبئ عن زيادة في العدد. ينظر: المبسوط (١٨/٨)، وتبيين الحقائق (٥/١١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢١٩)، وتبيين الحقائق (٥/٦).

(٣) القول بالجواز على الإطلاق هو قول الروياني، واختيار بعض الشافعية، والمعتمد المشهور أنه لا يقبل إلا إذا صدق المقر له، فلو قال له علي ألف درهم وسكت ثم ذكر وفسره بأنه من دراهم غير المعروفة في البلد فإنه لا يقبل منه. ينظر: الأم (٦/٢٣٧)، والشرح الكبير (١١/١٣٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢١٩)، وتبيين الحقائق (٥/٦).

(٥) أي: لما كان الإقرار بالمطلق من الثياب أو العبيد أو غيرها يقتضي الرجوع إلى بيانه ولا يحمل=

❁ **قِيلَ**: علىٰ قول أبي يوسف يلزمه عبد وسط، وعند محمد يكون القول قوله[1] فانصرف إقراره إلىٰ النوع الذي ينعقد عقده عليه عند أبي يوسف، وهاهنا العقد ينصرف إلىٰ نقد البلد فانصرف مطلق إقراره إليه، علىٰ أنه ليس في العبد والثياب جنس يقع التعامل به غالبًا، وكان الجميع فيه سواء، وبالله التوفيق.

❁ ❁ ❁

= علىٰ ثياب بلده أو إلىٰ عبد بعينه وجب أن يكون الإقرار بالمطلق من الدراهم يقتضي الرجوع إلىٰ بيانه ولا يحمل علىٰ دراهم بلده. ينظر: الحاوي الكبير (٧/٥٤).

(١) ينظر: المبسوط (١٨/١٧٦)، وبدائع الصنائع (٤/١٣٩).

# كتَابُ الوَقْف

|٧٤٩| إذا وقف وقفًا فله الرجوع عنه في حال حياته، ولا يزول ملكه عن عينه، فإن مات فلورثته الرجوع، إلا أنه يحكم بجوازه حاكم، فإذا أوصىٰ بأن يوقف بعد موته وذلك يخرج من ثلثه جاز، كما تجوز سائر الوصايا(١)، وقال الطحاوي: أنه لو وقف في مرضه فهو كالوصية به(٢)، ولم يُوافقه غيره عليه، وهذا قول أبي حنيفة(٣).

وقال: يجوز الوقف، ولا يكون له الرجوع عنه(٤).

قال الله تعالىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] وهذا متروك؛ بدليل ما روي عنه ﷺ أنه قال: «إنا معاشر الأنبياء لا نُورث، ما تركنا صدقة»(٥)، وهذه الآية نسخت الوقف؛ بدليل ما روي عن ابن عباس أنه قال: لما نزلت آية المواريث قال رسول الله: «لا حبس عن فرائض الله»(٦)، فأبطل الحبس بالمواريث كما أبطل الوصية للوالدين والأقربين.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٨)، والهداية شرح بداية المبتدي (٣/١٥).

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/١٥٧)، والمبسوط (١٢/٢٧).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٣٧٦)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٨).

(٤) ينظر: المهذب (٢/٣٢٦)، وروضة الطالبين (٥/٣٢٩).

(٥) أخرجه البخاري (٦٧٣٠)، ومسلم (١٧٥٨).

(٦) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٠٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١١٩٠٨). قال الدارقطني: «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان»، وقال ابن حجر: «إسناده ضعيف». ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/١٤٥).

شريح: قالها محمد ﷺ ببيع الحبس[١].

أبو هريرة قال: كان لغلام حائط كان ينفق على أبويه من حائطه فتصدق، فأتى أبواه النبي ﷺ فقالا: إنه تصدق به، وأنه كان يقيمنا، فقال النبي ﷺ للابن: «ما حملك على ذلك؟»، فقال: يا رسول الله: ابتغيت بذلك وجه الله والدار الآخرة، فقال ﷺ: «لصدقتك على أبويك أفضل»، فرد الحائط على أبويه، فأكلا منه حتى هلكا، فورثها الغلام بعد ذلك، فأكل حتى مات، وورثه ورثته[٢].

أبو الزناد قال: عبد الله بن زيد هو الذي تصدق، وحكى القصة قريبًا مما ذكرت حتى مات أبواه، فقال عبد الله قد مات أبواي فهو حلٌ لي؟ فقال رسول الله ﷺ: «نَعَمْ فكُلْهَا هنِيئًا»[٣].

أبو بكر[٤] وعمر[٥] وعائشة[٦]: أن النبي ﷺ قال: «إنا معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا صدقة»، فقد خص الأنبياء أن ما يتركوه صدقة لا تورث، فلو كان غيرهم في حكمهم لم يكن للتخصيص معنىً.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: معناه: أنهم لا يورثون، وجميع ما يتركوه يكون صدقة[٧].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٣٢٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٩١٠). قال ابن حجر: «إسناده صحيح». ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/١٤٥).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٨٧٣٩). وقال الهيثمي في المجمع (٤/٢٣٣): «فيه إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، وهو متروك».

(٣) أخرجه الدارقطني (٤٤٥٦) من طريق إسحاق بن يحيى، عن عبادة بن الصامت، فذكره في سياق طويل. وقال الهيثمي في المجمع (٤/٢٣٣): «رواه الطبراني وإسحاق بن يحيى لم يدرك عبادة».

(٤) أخرجه البخاري (٣٠٩٣)، ومسلم (١٧٥٩).

(٥) أخرجه البخاري (٣٠٩٤)، ومسلم (١٧٥٧).

(٦) أخرجه البخاري (٦٧٣٠)، ومسلم (١٧٥٨).

(٧) ينظر: الشرح الكبير (٧/٤٤٦)، وروضة الطالبين (٧/٧).

۞ **قِيلَ**: هذا باطل[١]؛ بدليل ما روي أن فاطمة قالت لأبي بكر: مات رسول الله ﷺ فورثة أهله أم أنت؟ فقال: بل أهله[٢].

وروي أن النبي ﷺ مات ودرعه مرهونة[٣]، وما يجوز رهنه جاز بيعه، ويكون موروثًا.

ولأنه بَقَّىٰ الشيء علىٰ ملكه، بدليل أنه يجري علىٰ شرطه، ومنع جريان الإرث فيه، والله تعالىٰ أوجب الإرث فحكم الله أولىٰ، وكما لو وقف علىٰ نفسه أو ما لا يتأبد فإنه لا يمنع جريان الإرث، كذلك هذا، وعكسه المسجد والعتق لما لم يبقه علىٰ ملكه لم يراع فيه شرطه.

ولأن المقصود من الوقف الغلة والقربة في إخراجها إلىٰ الفقراء[٤]، ثم يجوز بيع الغلة من الثمار والأغصان، كذلك يجب أن يجوز بيع أصولها[٥]، ولو جعل الثمن بعد وجودها صدقة لم يزل الملك عنه بقوله فأن لا يزول عن الأرض التي لا يستحقها الفقراء أولىٰ.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ما أوصىٰ به يصح وقفه، ويجري مع ذلك علىٰ شرطه.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢/٢٩).

(٢) أخرجه أحمد (١٤)، وأبو داود (٢٩٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٧٤٦)، وقال البيهقي: «رواه الوليد بن جميع، وليس بالقوي، وإنما احتج أبو بكر بما رواه وغيره عن النبي ﷺ: «لا نورث، ما تركنا صدقة»، فإن كان حفظ هذا اللفظ الوليد فيحتمل أن يكون المراد به أن ولايته إلىٰ الذي يلي الأمر بعده». ينظر: مختصر خلافيات البيهقي (٤/٧٠). وحسنه الألباني في إرواء الغليل (١٢٤١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٩١٦)، وأخرجه مسلم (١٦٠٣).

(٤) ينظر: العناية شرح الهداية (٦/٢١٤)، ومجمع الأنهر (١/٧٣٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢١٨).

* **قِيلَ**: هذا يبقىٰ علىٰ حكم ملكه أيضًا ؛ بدليل أنه لو ظهر دين أو كان حفر بئرًا فوقع فيها إنسان[١] فإنه يباع ويقضي الدين ، فإذًا من شأن الوصية أن تبقىٰ علىٰ حكم مثله ، وتنفذ الوصية[٢] ، وهذا لما نفذ فيه شرطه دل علىٰ أنه يبقىٰ علىٰ ملكه ، والمخالف لا يقول به .

ولأن فيه إزالة ملك لا إلىٰ مالك[٣] بقوله فلا يصح ، كما لو قال: أخرجت هذه الدار من ملكي ، وأما المسجد فمن صلىٰ فيه قبض لجماعة المسلمين[٤] ، والعبد يقبض رقبة نفسه ، والوقف الموصىٰ به لا يتم إلا بالموت[٥] ، فلم يصح شيء من ذلك بقوله وحده .

ولأنه لو قال: وقفت هذه الدراهم لم يزل الحكم عنه ، وكل لفظ لا يُزيل الملك عن الدراهم لا يزيل عن العقار ؛ دليله سائر الألفاظ .

* **فَإِنْ قِيلَ**[٦]: روي أن عمر قال: أصبت مالًا بخيبر لم أصب مثله ، وأريد أن أتقرب به إلىٰ الله تعالىٰ ، فقال ﷺ: «حبِّس الأصل ، وسبِّل الثمرة» فتصدق عمر ، وكتب كتاب الصدقة ، وذكر فيه أن لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث ، وأن ثمرها للفقراء ، والقربىٰ ، والرقاب ، وفي سبيل الله[٧] ، وعلي تصدق بداره التي

---

(١) ينظر: التجريد (١١/٥٥٧٩).

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١/٢١١).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٧٨٣).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١١).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٧٧٨).

(٦) ينظر: الحاوي (٧/٥١٢)، وروضة الطالبين (٥/٣٢٣).

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ (١١٩٠٤)، وأصله في الصحيحين؛ فأخرجه البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢).

بالرزيق[1]، وقد كتب فيها صدقة لا تباع ولا توهب حتىٰ يرث الله الأرض ومن عليها[2]، وقد أُشهد أوقاف النبي ﷺ والصحابة فدل علىٰ جوازه.

۞ **قِيلَ**: قول عمر: (لا يباع ولا يوهب) من قوله، لم يروه عن النبي ﷺ[3]، وقد روي عن علي[4]، وعبد الله[5] أنهما قالا: «لا حُبس إلا في كُراع وسلاح»[6]، فقد خالفاه، علىٰ أن شيئًا من ذلك لا يتناول موضع الخلاف؛ لأن جميع ذلك كان جائزًا، غير أنه كان لهم إبطالها وتوريثهم بعد موتهم، فلم يُبطلوا ولم يتعرضوا له، فمضىٰ علىٰ الجواز، وليس في الخبر أن ذلك حرم البيع.

وقول عمر: «لا يباع» عِدَة منه أن لا يبيعه، وأمر للورثة أن لا يبيعوا، فالأحسن الوفاء به وقد فعلوا، وأما وقف النبي ﷺ فقد منع الورثة من إبطاله،

---

(١) الرَّزِيق: بلدٌ متصل بعمورية. وقيل: نهرٌ بمرو عليه قبر بريدة الأسلمي. ينظر: معجم ما استعجم من اسماء البلاد والمواضع (٢/٦٥١) و(٣/١١٠٤)، ومعجم البلدان (٣/٤٢).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٤/٦٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٥)، والتجريد (٨/٣٧٩٢).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٣٢٥): قال علي: «لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع». قال ابن حزم: «لا نعرفها عن علي، بل نقطع علىٰ أنها كذب علىٰ علي». ينظر: المحلىٰ بالآثار (٨/١٥٠).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٣٢٦)، من طريق ابن فضيل، عن مطرف، عن رجل، عن القاسم، قال: قال عبد الله: «لا حبس إلا في كراع، أو سلاح». قال ابن حزم: «هذه رواية ساقطة؛ لأنها عن رجل لم يسم؛ ولأن والد القاسم لا يحفظ عن أبيه كلمة، وكان له إذ مات أبوه ست سنين فكيف ولده». ينظر: المحلىٰ بالآثار (٨/١٥٠).

(٦) وروىٰ عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالا: «لا حبس عن فرائض الله تعالىٰ»، ولكنهم يحملون هذا الأثر علىٰ ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كله، ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل. ينظر: المبسوط (١٢/٢٩)، والبناية شرح الهداية (٧/٤٢٦).

وخص نفسه به، فإذا قطع حق الوارث عنه نفذت وصيته في جميعه، ويجوز أن يكون الصحابة أوصوا بذلك أيضًا[1]، وهو يخرج من ثلثهم، فلذلك حُرز.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الأصول التي لها نماء مع بقائها يصح التقرب بها إلى الله تعالى على جهة إبطال الملك عنها، كالمسجد والعتق[2].

❊ **قِيلَ**: المسجد تحرير لرقبة الأرض فقد أخرجه عن ملكه[3]؛ فدليله أنه لا يجري على شرطه، فلذلك لا يورث عنه، ويصح المسجد في غير الملك؛ لأنه لو جعل مواتًا مسجدًا جاز، ولو جعله وقفًا لم يصح، وما يُبنى له المسجد لا يجوز أخذ العوض عنه وهو الصلاة، فلا يجوز أخذ العوض عن أصله، وما يُقصد به الوقف وهو الغلة يجوز بيعه[4] وأخذ العوض عنه، فكذلك في الأصل يجب أن يجوز بحال، وفي البيع بشرط الخيار لا يزول الملك بقوله وحده دون قبول المشتري، وكذلك في المكاتب إذا مات لم يزل ملكه حتى يتصل بغيره، ولا ننكر ذلك، وأما الصيد والحشيش فليس بمال[5]، ولا ملك حين لم يكن له مالك.

❊ ❊ ❊

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٥١٥).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٧٨٣)، وتبيين الحقائق (٣/٣٢٥)، وفتح القدير (٦/٢٠٥).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١٢/٨١)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٩)

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٧٣٧).

# كتاب الهبة

|٧٥٠| هبة الشائع فيما ينقسم باطلة(١).

**وقال:** جائزة(٢).

لما روي في هبة أبي بكر أنه قال في مرضه لعائشة: إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا(٣) من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وإنما هو مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فقالت عائشة: إنما هي أسماء، فقال: ألقي في روعي أن ذا بطن بنت خارجة جارية(٤)، فدل أن الحيازة شرط في صحتها(٥)، والحيازة: أن يجعله الموهوب مُفرزًا من حيّزه، ولا يتأتىٰ ذلك في الشائع(٦).

ولأنه اقترن بالعقد ما يوجب استحقاق يد الموهوب منه بحق، ولا يمكن أن اليد للمرتهن، كما لو قال: رهنت منك يومًا ويومًا لا(٧).

---

(١) ينظر: التجريد (٣٨٠٨/٨)، وتبيين الحقائق (٩٣/٥ و١٢٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٥٣٤/٧)، البيان للعمراني (١٢٠/٨)، المجموع شرح المهذب (٣٧٣/١٥).

(٣) الوسق: ستون صاعا، وهو ثلاثمائة وعشرون رطلا عند أهل الحجاز، وأربعمائة وثمانون رطلا عند أهل العراق، علىٰ اختلافهم في مقدار الصاع والمد. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (١٨٥/٥).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١١٩٤٨)، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (١٦١٩).

(٥) لقول جماعة من الصحابة ﷺ لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة. ينظر: بدائع الصنائع (١٢١/٦).

(٦) لأن الشائع مشترك غير مقسم.

(٧) ينظر: المبسوط (٦٩/٢١)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٤١٧/٤).

ولأنا لو صححنا الهبة أوجبنا القسمة، وفي إيجاب القسمة إيجابها على المتبرع فيما تبرع به لمن تبرع عليه؛ لأن الطلب قد يجب للموهوب منه فلم يجز، كما لو وهب شيئًا ثم استحق فإنه لا يجب الضمان على الواهب(١)، وأما إذا ضمن مالًا فإنا لا نوجب الضمان للمتبرع عليه وهو المكفول عنه، على أنا لا نوجب الضمان على المتبرع(٢)، ولكنه ألزم نفسه صريحًا، وبمن دخل في تطوع ثم أفسده فإن ما يجب من القضاء لا يسمى ضمانًا، لم يجب بالتبرع وإنما وجب بالإفساد، وهو ضده(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل عقد صح على مشاع لا يقسم صح عليه فيما ينقسم كعقد البيع، أو يقال: عقد وضع للتمليك فصار كالبيع(٤).

❁ **قِيلَ**: غير متبرع فجاز أن يوجب عليه ضمان القسمة، وإنما يحتاج في البيع إلى خروج المبيع من ضمان البائع، ودخوله في ضمان المشتري، وذلك يحصل بالتخلية، فلم يجعل حقيقة القبض شرطًا فيه، وفي مسألتنا لو صححنا الهبة أوجبنا ضمان القسمة وهو لا يجوز(٥).

---

(١) ينظر: التجريد (٣٨١١/٨).

(٢) الهبة تبرع فلا توجب الضمان على المتبرع فيما تبرع به. ينظر: المبسوط (٦٥/٦).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٦٥/٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥٣٤/٧)، والبيان للعمراني (١٢٠/٨).

(٥) ينظر: التجريد (٣٨١٢/٨)، والمبسوط (٦٥/١٢).

|٧٥١| **مَسْأَلَةٌ:** الهبة بشرط العوض جائز[١].

وعلى أحد قوليه: لا تجوز[٢].

روي أن النبي ﷺ قال: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثب عنها»[٣]، فإذا جاز أن يعوض في الثاني جاز شرطه حال التملك[٤].

ولأن هذا عقد وضع لتمليك الأعيان فجاز شرط العوض فيه كالبيع[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الهبة موضوعها لاكتساب المودة[٦]، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا»[٧]، فاشتراط العوض يخرجها عن موضوعها، كما أن إسقاط العوض عن

(١) وصورتها: أن يقول وهبتك هذا الثوب على أن تهب لي هذا الثوب، وتكون هبة ابتداء بيعا انتهاء، وذلك عند أئمة الحنفية الثلاثة ـ أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن ـ وقال زفر: هي كالبيع ابتداء وانتهاء. ينظر: الجوهرة النيرة (١/٣٣١)، والبناية شرح الهداية (١٠/٢٠٤).

(٢) إن كان ثوابا مجهولا بطلت الهبة، وإن شرط ثوابا معلوما فهل تصح الهبة؟ فيه وجهان: الأول: تصح الهبة بشرط العوض، الثاني: الهبة بشرط العوض باطلة. ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٢٥٧)، والبيان للعمراني (٨/١٣٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٢٠٢٤)، من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع بن جارية الأنصاري، عن عمرو بن دينار، عن أبي هريرة، فذكره. قال البيهقي: «وإبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع، والمحفوظ: عن عمرو بن دينار، عن سالم، عن أبيه، عن عمر قال: من وهب هبة فلم يثب فهو أحق بهبته إلا لذي رحم».

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٥/٩٨)، ومجمع الأنهر (٢/٣٥٩).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٨٤٠)، وبدائع الصنائع (٦/١١٨).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٥٣٤)، والشرح الكبير (١٢/٣١١).

(٧) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٩٤٦). وحسنه الألباني في صحيح الأدب المفرد (٤٦٣).

البيع يبطله[١].

۞ قِيلَ: التعويض عنها في الثاني لا يخرجها عن موضوعها فشرط فيها لا يخرجها أيضًا[٢]، على أن موضوع الإعتاق موضوع لفك رقبة من النار، وبه ورد الحديث عن جابر[٣] بشرط العوض[٤].

❊ فَإِنْ قِيلَ: لو جاز شرط العوض لوجب إعلامه، وأجبر عليه الواهب، ووجبت الشفعة[٥].

۞ قِيلَ: الإعلام شرط، والشفعة تجب، والملك لا يقع بالعقد وإنما يقع بالقبض، فيجبر على تتميمه بعد حصول الملك[٦].

۞ وقِيلَ: حصول الملك لا يجبر عليه، كبيع لا يوجب الملك لا يُجبر على تتميمه، مثل: البيع الفاسد، أو بيع الخيار[٧].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٣٢)، وروضة الطالبين (٥/٣٨٦).
(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٨٤٠).
(٣) حديث جابر، قال: قالت امرأة بشير: انحل ابني غلامك وأشهد لي رسول الله ﷺ... وفيه: فقال: «أله إخوة؟» قال: نعم، قال: «أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته؟»، قال: لا، قال: «فليس يصلح هذا، وإني لا أشهد إلا على حق». أخرجه مسلم (١٦٢٤).
(٤) ينظر: التجريد (٨/٣٨٢٥).
(٥) ينظر: البيان للعمراني (٨/١٣٣).
(٦) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٠٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٣١٠).
(٧) ينظر: التجريد (٥/٢٥٧٦)، والمبسوط (١٢/٤٨).

|٧٥٢| **مَسْأَلَةٌ:** ليس للوالد أن يرجع فيما يهب لولده(١)، وكذلك كل ذي رحم محرم(٢).

**وقال:** يرجع الوالد والجد، وفي الأم له قولان(٣).

سمرة عن النبي ﷺ قال: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»(٤).

ولأن الهبة لذي الرحم المحرم تقع صلة للرحم، وهي قربة إلى الله تعالى، فقد استحق الأجر على الله تعالى، فصار كالآخذ عوضًا، ومن أخذ عوضًا لم يرجع، كذلك هذا(٥).

ولأنهما شخصان لا يثبت لأحدهما الرجوع فيما يهب للآخر، فكذلك الثاني كالأخوين(٦).

ولأن بينهما قرابة توجب الموارثة وتحرم المناكحة فصار كالأخوين(٧).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا يرجع الواهب فيما وهب إلا الوالد فيما وهب لولده»(٨).

---

(١) ينظر: المبسوط (٥٤/١٢)، وبدائع الصنائع (١٣٢/٦).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١٣٢/٦)، والعناية شرح الهداية (٣٩/٩).
(٣) ينظر: مختصر المزني (٢٣٤/٨)، والحاوي الكبير (٥٤٧/٧).
(٤) أخرجه الدارقطني (٢٩٧٣)، والحاكم في المستدرك (٢٣٢٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٢٠٢٦)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه، سكت عنه الذهبي في التلخيص».
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (١٣٢/٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢٢٦/٣).
(٦) ينظر: المبسوط (٥٣/١٢).
(٧) ينظر: المصدر السابق (٦٢/١٢).
(٨) أخرجه أحمد (٢١١٩)، وأبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي (٣٦٩٠).=

﴿ قِيلَ: لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء إلا الوالد عند الحاجة، فإنه ينفرد لما ورد به الخبر[١].

﴿ فَإِنْ قِيلَ: إن بشيرًا نحل ابنه النعمان غلامًا فأشهد النبي ﷺ فقال: «أوكل بنيك نحلت؟» قال: لا، قال: «فاردده»[٢].

﴿ قِيلَ: لم يكن سلمه؛ بدليل أنه روي أن بشيرًا قال: فإن رأيت أن أنفذه أنفذته[٣]، فدل على أنه لم يكن نفذ، على أن الرجوع كان برضا الابن[٤]؛ لأنه روي أن النبي ﷺ قال للابن: «اردده»، على أنه يحتمل أنه كان على جهة الوصية[٥]؛ إذ روي في حديث النعمان أنه قال: فرجع أبي عن وصيته[٦].

|٧٥٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا وهب لأجنبي فله الرجوع ما لم يعوض[٧].

**وقال:** لا يرجع إلا أن يكون شرط ثوابًا فلم يحصل له[٨].

---

= وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(١) وهو قوله ﷺ «لا يرجع الواهب فيما وهب إلا الوالد فيما وهب لولده» ينظر: المبسوط (٥٤/١٢)، وبدائع الصنائع (١٣٢/٦).

(٢) ينظر: المهذب (٣٣٣/٢)، والبيان للعمراني (١١١/٨).
والحديث أخرجه مسلم (١٦٢٣)، وأصله في البخاري (٢٥٨٦).

(٣) أخرجه النسائي (٣٦٧٥)، وفي السنن الكبرى (٦٤٦٩).

(٤) ينظر: التجريد (٣٨٢٥/٨)، والمبسوط (٥٦/١٢).

(٥) ينظر: المصدران السابقان.

(٦) أخرجه مسلم (١٦٢٣)، بلفظ: «فرجع أبي، فرد تلك الصدقة».

(٧) ينظر: التجريد (٣٨٢٩/٨)، والمبسوط (٤٩/١٢).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٦/٧)، والبيان للعمراني (١٢٦/٨).

ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يُثب منها»[1].

عمر قال: من وهب لذي رحم مُحرم فلا رجوع له فيها، ومن وهب لغير ذي رحم محرم وقبضها فله أن يرجع فيها ما لم يُثب منها، أو أن يموت، أو يستهلك صاحبها[2].

وعن علي أنه قال: الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها[3].

ولأن الغرض من هبة الأجنبي العوض[4]؛ بدليل أن النبي ﷺ قال: «أصدقة هي أم هبة؟»[5] فإن الهبة تبتغي وجوهنا وقت الحاجه[6]، فدل على أن الغرض فيها غيرها، فإذا لم يحصل كان له الرجوع، كما لو شرط[7].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[8]، وروي: «كالكلب يعود في قيئه»[9][10].

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٩٦٩)، والحاكم في المستدرك (٢٣٢٣)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٠٢٢)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي».

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٨١٩) والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٠٢٣).

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٤/١٣)، والدارقطني (٢٩٧٤)

(٤) ينظر: التجريد (٣٨٤٠/٨)، وبدائع الصنائع (١١٨/٦).

(٥) أخرجه الترمذي (٦٥٦)، وقال الهيثمي في المجمع: «وفيه من لم أعرفه»، (٣٤٠/٩).

(٦) ينظر: المبسوط (٥٤/١٢).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (١١٩/٦)، والعناية شرح الهداية (٤٨/٩).

(٨) أخرجه البخاري (٢٦٢١)، ومسلم (١٦٢٢).

(٩) أخرجه البخاري (٦٩٧٥)، ومسلم (١٦٢٢).

(١٠) ينظر: الحاوي الكبير (٥٣٦/٧)، ونهاية المطلب (٤٠٧/٨).

❁ **قِيلَ**: شبهه به في القبح لا في التحريم(١)؛ بدليل ما روىٰ ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فارتجعها فهو أحق بها ما لم يُثب منها، ولكنه كالكلب يعود في قيئه»(٢) فهذا عام(٣).

والجواب عما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يرجع الواهب فيما وهب إلا الوالد» أنه لم يجعل له الرجوع بنفسه، ولا نجعل له ذلك، وهل له الطلب بنقض العقد؟ لا ذكر له في الحديث(٤).

❁ **فَإِنْ قِيلَ**: تقبل شهادته فلا يثبت له الرجوع كالأخ(٥).

❁ **قِيلَ**: لا معنىٰ لهذا؛ لأن الابن لا تُقبل شهادته لأخيه، ولا يرجع أيضًا، علىٰ أنها من الأخ وقعت هبة فاستحق الثواب، فصار كما لو أخذ العوض(٦).

|٧٥٤| **مَسْأَلَةٌ**: لا يجب علىٰ الموهوب منه أن يعوض الواهب(٧).

**وقال**: يجب(٨).

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢٢٥/٣)، والاختيار لتعليل المختار (٥١/٣).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٩٧٥)، قال ابن الجوزي: «ما يصح؛ وفيه إبراهيم بن أبي يحيىٰ، قال مالك ويحيىٰ بن سعيد وابن معين: هو كذاب».

(٣) قالوا شبه بفعل الكلب، وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هنا يقبح الرجوع في الهبة. ينظر: بدائع الصنائع (١٢٨/٦)، والاختيار لتعليل المختار (٥١/٣).

(٤) ينظر: المبسوط (٥٤/١٢)، وبدائع الصنائع (١٣٢/٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٦/٧)، والبيان للعمراني (١٢٦/٨).

(٦) ينظر: المحيط البرهاني (٢٤٦/٦)، والعناية شرح الهداية (٤٥/٩).

(٧) ينظر: الأصل للشيباني (٣٨٨/٣)، وحاشية ابن عابدين (٣٣٣/٥).

(٨) قال في الجديد: لا يلزمه أن يثيبه، وهو الأصح؛ لأنه تمليك بغير عوض، فلم يقتض ثوابا=

روي أن النبي ﷺ قال: «الرجل أحق بهبته ما لم يُثب عنها»، ولو كان العوض واجبًا لأوجبه دون الرجوع[(١)].

ولأنه تمليك لا يفتقر إلىٰ عوض مذكور فأشبه الصدقة[(٢)].

والهبة تارة تقع في الأعيان وتارة في المنافع، وفي المنافع لا تقتضي التعويض، كذلك في الأعيان، والعتق لا يقتضي العوض، وهو لا يحتمل الفسخ، فالهبة أولىٰ[(٣)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالىٰ: ﴿فَحَيُّواْ بِأَحۡسَنَ مِنۡهَآ﴾ [النساء: ٨٦][(٤)].

❁ **قِيلَ**: هو علىٰ الندب؛ بدليل أن الأجر لا يجب بالاتفاق[(٥)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: المقصود منه التجارة فالعوض فيه مستحق[(٦)].

❁ **قِيلَ**: لو كان كذلك لكان شرطه مستحقًا[(٧)].

---

= كهبة الأعلىٰ لمن هو دونه. ينظر: البيان للعمراني (١٣٢/٨).

(١) ينظر: المبسوط (١٤١/١٤)، والعناية شرح الهداية (٤٠/٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١١٨/٦)، وبداية المبتدي (ص: ١٨٥).

(٣) ينظر: المبسوط (١١٥/١٥)، وبدائع الصنائع (١١٨/٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٣/١١)، وكفاية النبيه (٨٧/١٢).

(٥) فالآية تقتضي التخيير بين العوضين والرد، وذلك لا يصح إلا علىٰ قول من يرىٰ العوض مستحبا. ينظر: التجريد (٣٨٣٨/٨)، والمبسوط (٤٧/١٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٣٢/٧)، ونهاية المطلب (٤٣٤/٨).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (١١٨/٦)، والعناية شرح الهداية (١٠/٥).

|٧٥٥| **مَسْأَلَةٌ:** ولو حلف لا يهب فتصدق لم يحنث[١].

**وقال: يحنث**[٢].

لأنه خص نوعًا وعقد عليه، وفعل غيره فلا يحنث، كما لو أعاد، أو أباح، أو أوصى، يدل على أنه غيره أنه لا يعبر بأحدهما عن الأخرى، ويختلف حكمهما؛ إذ لا يثبت في الصدقة الرجوع بحال، ويثبت في الهبة[٣]، ولو شهد واحد بالهبة والآخر بالصدقة لم تقبل، والنبي ﷺ كان يقبل الهبة، ولا يقبل الصدقة[٤].

وأما إذا سلم إلى معين زكاته، وقال: وهبتك كانت زكاة؛ لأنه أتى بمعنى الزكاة، ولو سكت وقع عن زكاته، فكذلك إذا قال: وهبت، وإذا قال لغني: تصدقت عليك بهذا الثوب فإنه يقع هبة، وله أن يرجع فيه[٥].

❁ **قِيلَ:** قد يكون فيه معنى الهبة في موضع، كما يكون في النكاح معنى المعاوضة، ولو حلف لا يبيع فتزوج لم يحنث[٦].

❁ **فَإِنْ قِيلَ:** اليمين على منع الهبة تنحل بالعطية التي تتم بالقبض؛ دليله انحلالها بالهبة[٧].

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٣/٣٤٥)، والتجريد (١٢/٦٤٨٧).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٥/٣٦٤)، والنجم الوهاج (٥/٥٣٧).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٨)، والجوهرة النيرة (١/٣٣٢).

(٤) لأنهما شهدا بالتمليك والصدقة مختلفة عن الهبة، فاختلفت شهادتهما فلا تقبل. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٤٤)، والاختيار لتعليل المختار (١/١٢٠).
والحديث أخرجه البخاري (١٤٩١)، ومسلم (١٠٦٩).

(٥) ينظر: الأصل للشيباني (٣/٣٨٧)، والمحيط البرهاني (٦/٢٥٥).

(٦) ينظر: المصادر السابقة.

(٧) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٠٩)، ومختصر المزني (٨/٤٠٥).

۞ قِيلَ: استواؤهما في حكم لا يجعل أحدهما الآخر، وإذا لم يفعل ذاك لم يحنث به[1].

|٧٥٦| **مَسْأَلَةٌ:** لا تجوز الرقبى[2]، وتجوز العمرى[3].

وحكي عن الشافعي أنه أجازهما[4].

والرقبى: هو أن يقول إن مت فهو لك، فقد علق التمليك بخطر فلا يجوز، كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد ملكتك[5].

والعمرى: هو أن تقول هذا لك عمرك، فإذا مت رجع إليَّ فقد ملكه في الحال[6]، وعلق فسخه بخطر فجاز.

وروي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى[7]، ومما أظن أنه يقع خلاف على صورته[8]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٣/٣٤٥)، والتجريد (١٢/٦٤٨٧).

(٢) وقال أبو يوسف: جائزة. ينظر: بدائع الصنائع (٦/١١٧)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٢٨).

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية (٩/٥٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٢٢٥).

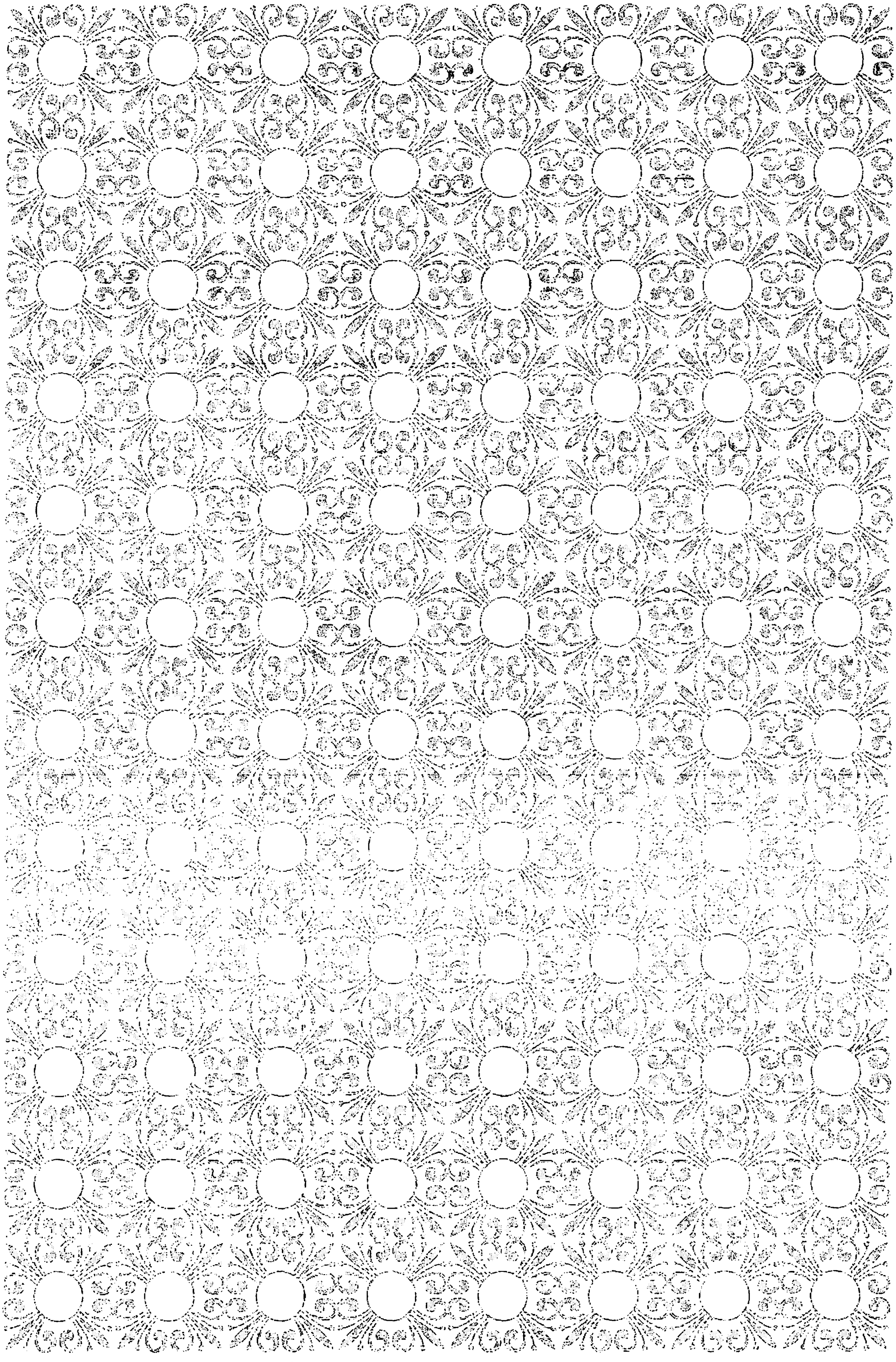
(٤) انظر تفصيل المذهب فيها: شرح النووي على مسلم (١١/٧٠)، ومختصر المزني (٨/٢٣٤)، والحاوي الكبير (٧/٥٣٩)، ونهاية المطلب (٨/٤١٦).

(٥) ينظر: المبسوط (١٢/٨٩)، وبدائع الصنائع (٦/١١٧).

(٦) ينظر: المبسوط (١٢/٩٥)، وبدائع الصنائع (٦/١١٦).

(٧) في الباب عن جابر ﷺ قال: «قضى النبي ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له»، أخرجه البخاري (٢٦٢٥)، ومسلم (١٦٢٥).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١١٧)، والاختيار لتعليل المختار (٣/٥٠).



# كتَابُ الوَصَايا

|٧٥٧| من اعُتقل لسانه لم تصح وصيته بالإشارة(١).

**وقال:** تصح(٢).

لأنه لم يعرف له إشارة معلومة فلا يعمل عليه كالناطق، وأما الأخرس فقد صار له إشارة معهودة فجاز أن يعمل عليها فيما يحكىٰ عنه بما يقوم مقام الغير(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: لمن(٤) رُضخ رأسها: «أَفعل فلان ؟» فأشارت برأسها، أي: نعم، فرضخ النبي ﷺ رأسه بين حجرين(٥).

❁ **قِيلَ**: لا يعمل علىٰ قولها، فلا يعمل علىٰ إشارتها(٦)، فما فعله النبي

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٢٣)، والبناية شرح الهداية (١٣/٥٣٨).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٦/١٤١)، وأسنىٰ المطالب (٣/٤٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٢٣)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٤٣٠).

(٤) كتب في حاشية الأصل: «للتي».

(٥) ينظر: البيان للعمراني (١١/٣٣٧)، والحقيقة أن هذا ليس دليلا للشافعية بالأصل، أما دليل الشافعية هنا من المنقول، فهو حديث وصية أمامة بنت أبي العاص كما صرح الجويني واستدل بها غيره، فقال الجويني: «وقد اعتمد الشافعي في إشارة الأخرس ما روي أن أمامة بنت أبي العاص أصمتت، فقيل لها: لفلان كذا، لفلان كذا، فأشارت برأسها أي نعم، فرفع ذلك إلى عثمان، فرأى أنها وصية وهذه تدل على أن من طرق التقريب إلى الفهم مع اعتقال اللسان العرض علىٰ المعتقل لسانه مع إشارته المتضمنة تقريبا». وينظر: المهذب (٣/٨٦)، ونهاية المطلب (١٥/٢٤).
وأثر أمامة أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٥٠٥٤)، قال ابن الملقن: «وهذا غريب عنها». ينظر: البدر المنير (٧/٢٩١)، والمهذب (٣/٨٦)، ونهاية المطلب (١٥/٢٤).
والحديث أخرجه البخاري (٥٢٩٥)، ومسلم (١٦٧٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٨)، والمهذب (٣/٨٦)، وتبيين الحقائق (٦/١٠٦)، والبناية=

ﷺ فعله لأن اليهودي كان مشهورًا به، أو كان منه إقرار.

|٧٥٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا كان الحربي في دار الحرب لم تصح الوصية له، وإن كان في دار الإسلام صح[(١)].

**وقال:** يجوز جميع ذلك[(٢)].

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ إلىٰ قوله: ﴿أَن تَوَلَّوْهُمْ﴾ [الممتحنة: ٩][(٣)].

ولأنه لا يجوز بواجب الحقوق بالعقود بينهما، فلا يجوز إيجاب الحق له بعقد الوصية، كما لا تصح الوصية له بكراع أو سلاح.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** من صحت وصيته من الأجانب صحت في الجملة كالمسلم[(٤)].

❊ **قِيلَ:** لما صحت الوصية للمسلم في الجملة صحت بجملة الأموال[(٥)]؛ لأنه يجوز إعانته، وفي الوصية إعانة، وهذا لا تصح الوصية له ببعض الأموال كالسلاح، فلا يجوز أصلًا؛ إذ لا يجوز إعانة الحربي علىٰ المسلم.

---

= شرح الهداية (١٣/٨٦).

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٦/١٨٤)، ومجمع الأنهر (٢/٦٩٢)، وهو وجه عند الشافعية اختاره أبو العباس ابن القاص. ينظر: المهذب (٢/٣٤٢).

(٢) واستثنىٰ الشافعية ما لم يكن الموصىٰ به سلاحا. ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩٣)، والمهذب (٢/٣٤٢)، ونهاية المطلب (١١/٢٨٧)،

(٣) أجاب الشافعية عن الآية بأن الوصية لا يلزم منها موالاة، قال الجويني: «فإنه كلام عري عن التحصيل؛ فإن الوصية لا تقتضي الموالاة ولا تعتمدها». ينظر: نهاية المطلب (١١/٢٨٧).

(٤) ينظر: البيان للعمراني (٨/١٦١)، وأسنىٰ المطالب (٣/٣٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣٤١)، وتبيين الحقائق (٦/١٨٤).

|٧٥٩| **مَسْأَلَةٌ:** لا تصح الوصية للقاتل(١).

**وعلى أحد قوليه:** تصح(٢).

لما روي أن النبي ﷺ قال: «ليس للقاتل شيء»(٣)، وعن علي أنه قال: لا وصية للقاتل(٤).

ولأن الملك فيه يجب بالموت فأشبه الإرث.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تمليك مال بمواصاة فليس للقتل أثر في إبطالها، كالصبي والمجنون إذا قتلا، وحافر البئر(٥).

❁ **قِيلَ:** هؤلاء ضامنون للنفس غير قاتلين في الحقيقة، ولا يعاقبون على ذلك الفعل؛ بدليل أنه لا يتعلق بفعلهم القصاص، وحرمان الإرث والوصية عقوبة فلا يُفعل، وإذا كان الإرث الذي لا يرتد بالرد يرتد بالقتل فالوصية التي ترتد بالرد أولى أن ترتد بالقتل، وجوازه بإجازة الوارث لا يدل على جوازه قبل الإجازة، كالوصية بجميع المال.

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (ص ١٦٩)، والمبسوط (١٧٦/٢٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٩١/٨)، والبيان للعمراني (١٦٣/٨).

(٣) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٣٣٣)، وأخرجه أحمد (٣٤٧)، والحديث ضعفه الألباني في إرواء الغليل (١١٥/٦).

(٤) أخرجه الدارمي (٣١٢٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٦١/٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٣٠٢٨)، والحديث فيه مبشر بن عبيد، قال الدارقطني: «يضع الحديث».

(٥) ينظر: البيان للعمراني (١٦٣/٨).

|٧٦٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصى لقبيلةٍ وهم أغنياء لا يحصون لم يجز[١].

**وعلى أحد قوليه:** يجوز[٢]، وأقل من يعطى منهم ثلاثة.

لأن الوصية للأعيان، والأعيان مجهولة، فصارت الوصية لمجهول من غير تخيير فلم يجز، كما لو قال: أوصيت لرجل[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** خروج عدد الموصى له عن الحصر لا يمنع جواز الوصية في الجملة، كما لو أوصى للفقراء والمساكين[٤].

❁ **قِيلَ:** إذا أوصى للفقراء فلم يوصِ للعدد، وإنما أوصى في جهة مقربة إلى الله تعالى، وتلك الجهة معلومة فصحت الوصية[٥]، ألا ترى أنه لو أعطى فقيرًا واحدًا جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف[٦]؟ ولو رده الفقير لم يرتد؟ وهاهنا لو رده الموصى له يرتد، ولا يصح على أحد قوليه إلا بقبولهم، والقبول ممن لا يُحصى مستحيل، ولا يجوز أن يعطي ثلاثة منهم؛ لأن جميعهم دخلوا في الاسم واستووا في الاستحقاق، ولم يجعل إلى الورثة فيه خيار، فلا يجوز حرمان بعضهم، كما لو أوصى لأولاد فلان وهم يحصون، ولا يصل إلى إعطاء جميعهم فبطل[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٧/١٥٧)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤٣).

(٢) ينظر: المهذب (٢/٣٥١)، والبيان للعمراني (٨/٢٣٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣٤٤)، والهداية شرح بداية المبتدي (٤/٢٥١).

(٤) ينظر: البيان للعمراني (٨/٢٣٣).

(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٥/٨٠).

(٦) وعند محمد بن الحسن يعطي منهم اثنين فصاعدا. ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣٤٣).

(٧) يعني أنه على اعتبار القبول من الموصى له شرط في لزوم الوصية، فإن ذلك متعذر في الوصية لمن لا يحصون لأن يلزم منه تحصيل قبول الجميع وهو محال، فلم يتحقق الشرط، فتبطل لأجل ذلك.

|٧٦١| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصىٰ لمواليه وله موالي أعلىٰ وأسفل لم يجز(١).

وروي أنه يجوز، وهي رواية البويطي عنه(٢)، وفي قول آخر: أنه يوقف حتىٰ يصطلحوا(٣).

لأن كل واحد منهما يدخل في هذا الاسم بمعنىٰ غير ما يدخل الآخر فيه؛ لأن أحدهما منعِم والآخر منعم عليه، فلم يجز أن يحمل اللفظ عليهما، كالجد والقرء والبحر المسجور، ولم يكن صرفه إلىٰ أحدهما أولىٰ فبطل، وليس كذلك إذا قال: أوصيت لأحد هذين؛ لأنه وقفه علىٰ خيار الوارث، وليس في مسألتنا تخيير، علىٰ أن الوصية باطلة في قول أبي حنيفة(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** دخلا في الاسم فوجب بالوصية لهما، كالأخوة والأقرباء(٥).

❁ **قِيلَ:** كل واحد من الأخوة يدخل في الاسم بالمعنىٰ الذي يدخل الآخر فيه، وهو أنه يشارك في ظهر أو بطن، والجهة في الأقرباء صلة الرحم، وهو واحد فصح(٦).

|٧٦٢| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصىٰ لذوي قرابته فهو للاثنين فصاعدًا، الأقرب بالأقرب من ذي الرحم المحرم من قبل أبيه وأمه إلىٰ أقصىٰ أبٍ له في الإسلام

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٤/١٦٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣٨٢).
(٢) ينظر: نهاية المطلب (١١/٣١٧)، وروضة الطالبين (٦/١٨٠).
(٣) ينظر: نهاية المطلب (١١/٣١٧)، والبيان للعمراني (٨/٩٧).
(٤) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي (٤/٥٣٢)، البناية شرح الهداية (١٣/٤٧٧).
(٥) ينظر: نهاية المطلب (١١/٣١٧).
(٦) ينظر: البناية شرح الهداية (١٣/٤٧٧)، وفتح القدير (١٠/٤٨٢).

في قول أبي حنيفة[1].

**وقال:** يستوي القريب والبعيد فيه[2].

لأن هذا اسم يجمع البطن الأعلى والأسفل، فكان أدناهم إليه أخصهم بالاسم، كما لو أوصى لأولاد فلان وله أولاد وأولاد أولاد.

ولأن الحق يستحق به بعد الموت باسم القرابة، ينتقص بنقصان المال ويزيد بزيادته، فصار كالإرث[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يُعطى في المواريث الأبعد مع وجود الأقرب، كابن العم مع الابنة[4].

❁ **قِيلَ**: فيه معنى آخر وهو التعصيب، وذلك يوجب استحقاقه[5]، ومتى كان الاستحقاق بالقرب وحده كان الأقرب أولى، قال الله تعالى: ﴿لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: العطية وقعت بصفة اشتركوا فيها فاشتركوا في العطية، كما لو

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٧/١٥٥)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٠٢)، ونهاية المطلب (١١/٢٩٩).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤٠٠٩)، والمبسوط (٢٧/١٥٦).

(٤) هو اعتراض مفترض من المصنف لم يذكره الشافعية، وعمدة اعتراضات الشافعية تتمثل في التمسك بعموم لفظ القرابة في الوصية، وبعرف الشرع بأن سهم ذوي القربى يدخل فيه القريب والبعيد على حد سواء. ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٠٣)، ومغني المحتاج (٣/٦٣).

(٥) يعني: أن ميراث الأبعد وهو ابن العم مع الأقرب وهي الابنة ليس لمعنى القرابة منفردا، وإنما لمعنى آخر معتبر في الميراث وهو التعصيب وهو مناط استحقاقه في الميراث، أما في مسألة الوصية للأقارب فمناط الاستحقاق القرابة، فيقدم فيها الأقرب. ينظر: المبسوط (٢٧/١٥٥)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤٨).

أوصىٰ لإخوته[1].

۞ قِيلَ: قد قال الشافعي: إنه لو أوصىٰ عليٌّ لبني عمه لم يكن للهاشمية، وهم يدخلون في الاسم[2].

وقيل: إن الأخ اسم لمن يشارك في ظهر أو بطن وقد وجد، فلم يكن فيه أقرب، فاستووا في الاستحقاق، واسم القريب مأخوذ من القرب، فلو سوي بين القريب والبعيد لسقط معنىٰ الاسم فيه، وكل حكم علق بالقرابة لم يُسو بين القريب والبعيد، كالحضانة والنفقة والإرث وغيره[3].

ولأنا لو سوينا أدىٰ إلىٰ ما لا يحصىٰ فيما يشترك الغني والفقير فيه، وذلك يؤدي إلىٰ بطلانه.

|٧٦٣| مَسْأَلَةٌ: وإذا أوصىٰ لأقربائه لم يدخل الوالدان والولد فيه[4].

وقال: يدخل[5].

---

(١) أيضا لم يذكر هذا الإيراد الشافعية وافترضه السرخسي وغيره من الحنفية. ينظر: المبسوط (١٥٦/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٤٩/٧).

(٢) لم أقف على هذا الكلام للشافعي أو منقولا عنه، ولعل المراد ما ذكره الشافعي بقوله: «وإن كان قريبا صير إلى المعروف من قول العامة ذوي قرابتي فينظر إلى القبيلة التي ينسب إليها؟ فيقال: من بني عبد مناف، ثم يقال: قد يتفرق بنو عبد مناف فمن أيهم؟ فيقال من بني المطلب فيقال أيتميز بنو المطلب قيل: نعم هم قبائل فمن أيهم؟... فإذا كان من آل شافع فقال لقرابته فهو لآل شافع دون آل علي وآل عباس». والمراد أن الشافعي يخرج بعض ما تناوله لفظ القرابة بالعموم بقرينة العرف، وهو عين مذهب أبي حنيفة، فهذا وجه الإلزام. ينظر: الأم (٢٣٩/٥)، ونهاية المطلب (٣٠٠/١١).

(٣) ينظر: التجريد (٤٠١٠/٨)، والمبسوط (١٥٥/٢٧).

(٤) ينظر: المصدران السابقان.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣٠٤/٨)، ونهاية المطلب (٣٠٢/١١).

لأن الله تعالى قال: ﴿ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] ففصل بينهما وعطف أحدهما على الآخر، وفي الظاهر لا يعطف الشيء على نفسه، فجعلناه غيره.

ولأنه اختص باسم خرج من الخلاف اسم القريب عليه؛ لأنه لا يقال جاء قريبك إذا جاء والده، فلا يدخل في الوصية[١].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: هو الأصل في النسب، فاستحال أن يدخل فيه الأبعد دون الأقرب، كاستحالة دخول بني الأعمام وخروج الأعمام[٢].

❁ **قِيلَ**: هو أصل تتشعب منه القرابة، وهو لا يدخل في اسم القريب، كالواحد أصل العدد ولا يكون عددًا[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو أمَّن أقرباء كافر دخل فيه أبواه[٤].

❁ **قِيلَ**: لأن القصد بالأمان نفي الصغار والقتل عنهم، والأب أولى بهذا المعنى، على أنه يدخل في الأمان بالدلالة والإشارة، فإذا دخل عليه القصد دخل، ولا يدخل في الوصية إلا من يدخل في الاسم.

---

(١) ينظر: التجريد (٨/٤٠١١)، والمبسوط (٢٧/١٥٥).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (١١/٣٠٢)، وأسنى المطالب (٣/٥٢).

(٣) ينظر: التجريد، للقدوري (٨/٤٠١١).

(٤) عند الشافعية: لا يدخل في الأمان غير المكلف وزوجته الموجودان بدار الحرب إذ القصد تأمين ذاته من قتل ورق دون غيره. ينظر: منهاج الطالبين (ص: ٣١١)، وتحفة المحتاج (٩/٢٦٨)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨/٨١). ونقل القدوري عن الشافعية: إذا أخذ الحربي أمانا لقرابته دخل فيه ابني العم والخال. ينظر: التجريد (٨/٤٠١١).

|٧٦٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا باع المريض من وارثه شيئًا لم يجز في قول أبي حنيفة[(١)].

**وقال:** يجوز بثمن مثله[(٢)].

لأنه لو أوصىٰ بأن يباع من فلان بعد موته فعل بوصيته، وما يفعل بوصية بعد موته إذا فعله المريض في حال مرضه كانت وصية، كالعتق والهبة، والوصية للوارث لا تجوز.

ولأن في الأعيان أغراض فإذا آثره بالعين علىٰ غيره لم يجز، كما لو أوصىٰ له بها[(٣)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** المرض لا تأثير له في المعاوضات المطلقة الواقفة علىٰ التعديل؛ دليله المعاوضات الواقعة مع الأجانب، أو يقال: معاوضة محضة فتستوي حالتي الصحة والمرض؛ دليله الأجنبي[(٤)].

۞ **قِيلَ:** يلزم عليه البيع بالأجل لأنه معاوضة محضة؛ بدليل أن الأب يفعله في مال ابنه، ولا محاباة في الأجل؛ لأنه يُزاد في الثمن في العرف للأجل، وأما الأجنبي فتصح الوصية له[(٥)]، فكذلك يجوز بيعه في المرض منه وإن كان البيع وصية.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لو كان البيع وصية لكان جوازه من الثلث[(٦)].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٤/١٥٠)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/٢١٤).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٩٢)، والبيان للعمراني (٨/٢٢٢).
(٣) ينظر: المبسوط (١٤/١٥٠)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/٢١٤).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٩٢)، والبيان للعمراني (٨/٢٢٢).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٥١٣)، والجوهرة النيرة (٢/٢٨٧).
(٦) ينظر: المهذب (١/٤٥٣)، ونهاية المطلب (١٠/٤٦٤).

۞ **قِيلَ**: حق الورثة يثبت في معنى المال لا عينه[1]، وقد بقي المعنى لهم فلذلك تعدت الوصية في الجميع، فهذه وصية بالجميع تجوز على الورثة كما تجوز الوصية بالثلث أصلًا على الوارث، ثم لو أوصى بالثلث الذي يجوز على الوارث للوارث لم يجز، كذلك هذه الوصية التي تجوز على الوارث، وإن كان بجميع المال لا يجوز للوارث.

وقوله: إن الوصية للوارث تبطل بإظهار الميل إليه بإيثاره بالعين على غيره؛ إذ في الأعيان أغراض[2].

۞ **فَإِنْ قِيلَ**: لو تزوج ابنة عمه على عين وهي وارثة جاز[3].

۞ **قِيلَ**: لو أوصى بأن يدفع إليه عبد يتزوج عليها كان بالخيار، إن شاء تزوج وإن شاء لم يتزوج، فلا يكون وصية بالمهر، فإذا فعله في موضعه لم يكن وصية أيضًا، على أنه لو كانت وصية فإنه واجب لها بعقد لا يفسخ بالشرط، فإذا لم يمكن فسخه أمضينا، كما لو افتدى ابنه في مرضه، وأما ها هنا فقد وجب بالبيع فوجب فسخه، وفسخه ممكن ففسخنا.

|٧٦٥| **مَسْأَلَةٌ**: إذا أوصى بجميع ماله ولا وارث له جاز[4].

**وقال**: لا يجوز بأكثر من ثلثه[5].

---

(١) والحقوق التي فيها معنى المال تورث. ينظر: التجريد (٣٤٦٤/٧)، و(٤٩٥٣/١٠).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥٠/١٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٧٩/٨)، ونهاية المطلب (٤٦٤/١٠).

(٤) ينظر: المبسوط (١٨/٢٩)، وبدائع الصنائع (٣٧٠/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٥/٨)، والمهذب (٣٤٠/٢).

روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: يا معشر همدان إنه ليس حي من أحياء العرب أحرىٰ أن يموت ولا يعرف له وارث منكم، فإذا كان كذلك فليضع ماله حيث أحب[1].

ولأن جميع ماله خرج عن حق الوارث فصحت الوصية به كالثلث، وإنما امتنعت الوصية بالجميع لحق الوارث؛ بدليل أنهم لو أجازوا جاز، وكذلك لو أوصىٰ لوارثه فأجازت الورثة جاز، ولا حق للوارث ها هنا فصحت الوصية[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن سعدًا قال: أوصي بمالي؟ قال: «لا»[3].

۞ **قِيلَ**: منعه منه لحق الوارث؛ لأنه قال في آخر الخبر: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من استحق ماله بموته لم يجز افتيات جميع المال عليه بالوصية؛ دليله الورثة المعينون[5].

۞ **قِيلَ**: لا يطلق لفظ الاستحقاق إذا لم يكن مستحق بعينه، وقد قال في اللفظة: إنه إن لم يتعين مستحق كان له أن يفعل بها ما شاء، وإن كان لها في الجملة مستحق، وإن تعين مستحقة لم يكن له ذلك التصرف، كذلك هذا[6]، ويبعد قول من قال: إن المسلمين يرثونه لأنه يسوىٰ فيه بين القريب والبعيد،

(١) أخرجه أبو يوسف في الآثار (٧٨٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٤٦٠).
(٢) ينظر: المبسوط (١٤/٧٣)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٠٧).
(٣) أخرجه البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).
(٤) هو آخر الحديث السابق.
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩٥)، ونهاية المطلب (١٠/١٠).
(٦) ينظر: المبسوط (٢٩/١٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣٧٠).

والحر والعبد، ويأخذ الابن مع أبيه، ويُسوىٰ بين الذكر والأنثىٰ، وحكم الميراث علىٰ خلاف ذلك، وكذلك عنده[1] الذمي لا يوصي بأكثر من ثلثه، وإن كان المسلمون لا يرثونه.

|٧٦٦| **مَسْأَلَةٌ:** إذا مات الموصي زال ملكه عن ما أوصىٰ به، ولا يدخل في ملك الموصىٰ له حتىٰ يقبل أو يموت فيملكه وارثه علىٰ أحد قولي الشافعي إذا قبله[2][3].

تبينا أن الملك كان له من حين مات الموصي، وإذا مات قبل أن يقبل قام ورثته مقامه في القبول.

وعلىٰ قول آخر: له أن يملكه بموت الموصي، وإذا رد ملَكه ورثه الموصي من جهته[4]؛ لأن هذا إيجاب ملك بعقد، فلا يصح إلا بقبول من أُوجب له كالبيع.

أو نقول: تبرع بعقد التمليك فصار كالهبة، وأما إذا مات فالقياس أن تبطل الوصية، ولكنا أقمنا الموت مقام القبول استحسانًا؛ لأن العقد تم من قبل الموجب تمامًا لا يقدر علىٰ إبطاله، ووقف علىٰ خيار الآخر في القبول والرد، فإذا مات فات الرد وسقط الخيار فتم العقد، كما لو اشترىٰ علىٰ أنه بالخيار ثلاثًا

(١) أي: عند الشافعي لا يوصي الذمي بأكثر من الثلث. ينظر: الحاوي الكبير (١٩٠/٨)، وتكملة المجموع (٤١٠/١٥).

(٢) ينظر: التجريد (٤٠٣٨/٨)، وبدائع الصنائع (٣٣٢/٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٥٧/٨)، والمهذب (٣٤٥/٢).

(٤) ينظر: التجريد (٤٠٣٨/٨)، وبدائع الصنائع (٣٣٢/٧).

فمات في الثلاثة فإنه يملكه الورثة، كذلك هذا، ويجوز أن يزول ملك الميت ويكون ملكًا موقوفًا لا مالك له، كما يقول هو في الوقف، ونقول في العبد المشترىٰ لخدمة الكعبة، وكذلك لو أوصىٰ بأن يُعتق عبده بعد موته بقي موقوفًا علىٰ حكم ملكه حتىٰ يُعتق، كذلك هذا، والميراث لا يحتاج فيه إلىٰ إيجاب فلا يحتاج إلىٰ قبول(١).

|٧٦٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصىٰ بسهم من ماله فله مثل أقل نصيب أحد الورثة إلا أن يزيد علىٰ السدس فلا يزاد في قول أبي حنيفة(٢).

**وقال:** يعطىٰ أقل ما يقع عليه اسم المال(٣).

هُزيل بن شرحبيل: أن النبي ﷺ سُئل عمن أوصىٰ لرجل بسهم من ماله فقال: «له السدس».

وعن عبد الله بن مسعود: أن رجلًا جعل لرجل سهمًا من ماله فأعطاه رسول الله ﷺ السدس(٤).

وعن عبد الله موقوفًا عليه مثله(٥).

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٨/٢٨)، وبدائع الصنائع (٣٣٢/٧).

(٢) ينظر: التجريد للقدوري (٣٩٨٩/٨)، والمبسوط (١٤٥/٢٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٦/٨)، وروضة الطالبين (٢١٢/٦)

(٤) حديث هزيل وعبد الله ابن مسعود حديث واحد، أخرجه البزار في مسنده (٢٠٤٧)، والطبراني في المعجم الأوسط (٨٣٣٨)، وقال الهيثمي في المجمع (٢١٣/٤): «فيه محمد بن عبيد الله العرزمي، وهو ضعيف».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف (٣١٤٤٦).

وعن إياس بن معاوية المزني: أنه قال: السهم في كلام العرب السدس[1].

وكذلك قال أبو عثمان في كتابه[2].

ولأن أصل الحساب ستة ؛ لأنه يُستحق بالفرض ويقع العول فيه ، ولا يقع فيما دونه ، فسهم من المال يكون سدسه[3].

ولأن المسائل ثلاثة: عادلة وعائلة وناقصة ، فالعادلة ما إذا جمع أجزاؤها الصحيحة لم تزد عليه ، ولم تنقص بحق ستة ، له نصف وثلث وسدس ، إذا جمع كان ستة لا يزيد ولا ينقص ، والعائلة: كاثني عشر ، له نصف وثلث وربع وسدس ، إذا جمع زاد عليه فهي عائلة ، وناقصة: مثل ثلاثة له ثلث لا غير ، وذلك ينقص عنه ، وإذا كانت العادلة ستة كان أصل الحساب ستة ، غير أن السهم وإن كان في الأصل هو السدس فإنه يحتمل أن يكون المراد به في الوصية بسهم مما ينقسم على ميراثه ، فذلك القدر تعين ، وما زاد عليه شُك فيه فلا يعطى بالشك[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: السهم تختلف مقاديره باختلاف ما تُقدر به سهام الجملة فلا حد لذلك ، فصار كالجزء والنصيب[5].

❁ **قِيلَ**: هو في اللغة أصل الحساب واسم للسدس فيحمل عليه بظاهره إلا أن يوجد ما يغيره ، وأما الجزء فلم يجعل اسمًا لمقدار معلوم فيقف على بيان الوارث[6].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٤٤٧) ز

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٩٠).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٩٩١)، وبدائع الصنائع (٧/٣٥٦).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٩/١٦٠)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٩٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٠٦)، والمهذب (٢/٢٣٩).

(٦) ينظر: التجريد (٨/٣٩٩١)، والمبسوط (٢٨/٧٨).

|٧٦٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصىٰ لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه فلم يُجز الورثة قسم الثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة[١].

**وقال:** يُقسم علىٰ خمسة لصاحب النصف ثلثه[٢].

لأن الوصية بما زاد علىٰ الثلث واقعة في حق الوارث؛ بدليل أنه لا يجوز إلا بإجازتهم بحال فلهم أن يفسخوا، فإذا فسخوا لم يضرب بالمفسوخ، كما لو أوصىٰ له بعبد فاستحق فإنه لا يضرب به في الثلث، فإذا لم يضرب ضرب كل واحدٍ منهما في الثلث، فالثلث يقسم بينهما نصفين، وكما لو أوصىٰ لواحد بالثلث، ولآخر بثلث ماله وثلث مال آخر، ولا يلزم الموصىٰ له بالألف المرسلة لضرب بجميعه في الثلث وإن كان أكثر من الثلث؛ لأن عقده لم يقع في حق الوارث؛ إذ يجوز أن يخرج من الثلث فيجوز من غير إجازتهم بحال، فلم يكن لهم أن يفسخوا ذلك العقد فبقي العقد فضرب بجميعه، وكذلك المعُتق في حال المرض يضرب بكمال قيمته من الثلث وإن زاد عليه، ومن يعتق بالموت والموصىٰ بعتقه والمحاباة في المرض، وذكر أبو جعفر أن الأثواب المرسلة كالألف المرسلة، وأما إذا أوصىٰ بعبد بعينه فإنه لا يضرب إلا بقدر الثلث؛ لأن حق الورثة تعلق بالعين فعنده فيما زاد علىٰ الثلث واقع في حقهم، ولم يتعلق حقهم بالألف المرسلة، وهذه المسائل في معنىٰ الألف المرسلة، وإذا أوصىٰ بثلث وثلث فقد استويا؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الموصىٰ له في الثلث التي ملكه فقسم بينهما نصفين[٣].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٩٩٣/٨)، والمبسوط (١٤٨/٢٧).

(٢) ينظر: المهذب (٣٥٢/٢)، وروضة الطالبين (٢١٧/٦).

(٣) ينظر: التجريد (٣٩٩٥/٨)، والمبسوط (١٢٢/٢٨).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل نفسين تقاسما مالًا عند الكمال على التفاوت تقاسماه عند النقصان عليه؛ دليله الغرماء عند ضيق المال عن حقوقهم واتساعه، وكذلك الورثة(١).

❊ **قِيلَ**: عند الإجازة بقي عقده فضرب به، وكذلك الدين الذي يضرب به، والسهم الذي يضرب له الوارث باقي، فإذا ضرب بسهمه قسم على التفاوت(٢).

|٧٦٩| **مَسْأَلَةٌ**: إذا أوصى لرجل بعبد ولآخر بثلثه أو بثلث ماله قسم العبد بينهما على ستة: للموصى له بالعبد خمسة، وللآخر سهم في قول أبي حنيفة(٣).

**وقال**: يقسم على أربعة: ثلاثة أرباعه للموصى له بالعبد، وربع للآخر(٤).

لأنه اجتمع في عين العبد وصيتان: وصية بجميعه ووصية بثلثه، فما زاد على الثلث خرج عن حق الموصى له بالثلث فأُفرد الآخر به، والثلث اشتركا فيه فقسم بينهما نصفين، كما لو أوصى لواحد بعبدين ولآخر بأحدهما فإنه يُفرد بعبد ويقسم الآخر بينهما نصفين، كذلك هذا(٥).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: فضّل الأول على الآخر بسهمين، فكأنه أعطى ثلاثة أسهم من

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٠٧)، المهذب (٢/٣٥٢)، والبيان للعمراني (٨/٢٤٢).

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٩٥).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٧/١٦٧)، وبدائع الصنائع (٧/٣٧٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢١٢)، ونهاية المطلب (١١/٨١).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٧/١٦٧)، وبدائع الصنائع (٧/٣٧٧).

هذا العبد، وأعطى الثاني سهمًا منه، فوجب أن يقسم بينهما أرباعًا[1].

❁ قِيلَ: أوجب حقها في عين العبد فهما يستحقانه بعينه، فما يخرج عن دعوى واحد يسلم للآخر، كدار في يدي ثالث أقام رجل البينة أن جميعها له وأقام آخر البينة أن ثلثها له فإنها تقسم على طريق المزاحمة على ستة أسهم، كذلك هذا، وفي الإرث تستحق العين بغيره وهي السهام التي يجب له بها الحق في الجميع فتقسم بينهما على طريق العول، كما لو خلّف ألف درهم، ولواحد عليه ألف درهم دين، ولآخر خمسمائة فإنه يقسم أثلاثًا ولا يقسم أرباعًا لما ذكرنا[2].

|٧٧٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصى بثلاث ثياب مختلفة فاستحق بعضها فله ثلث الباقي[3].

**وقال:** له الباقي إذا خرج من الثلث[4].

لأن الثياب المختلفة لا تقسم، وما يجب من الحق في جميعها لا يقضى من واحد منهما فلا يجمع ما وجب من الحق للموصى له في واحد، كما لو كان مشتركة بينه وبين غيره فاستحق بعضه[5].

❁ **فَإِنْ قِيلَ:** الوصية بثلث مشاع من الجملة لا تنقص استحقاق الثلثين منها

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٨١/١١)، وروضة الطالبين (٢١٩/٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣٧٧/٧).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص ١٧٠)، والهداية شرح بداية المبتدي (٢٣٨/٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٣/٨)، والمهذب (٣٤٨/٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٣/٨)، والمهذب (٣٤٨/٢).

عند خروج الوصية من الثلث ؛ دليله لو وقعت الوصية بثلث مكيل أو موزون[1] .

۞ قِيلَ: المكيل والموزون يضم في القسمة ، وما يجب من الحق في الجملة يقضىٰ من بعضه ، فكذلك حق الموصىٰ له في الجملة ، لجواز أن يقضىٰ من بعضه ، فيقضىٰ إذا خرج من ثلثه[2] .

| ٧٧١ | مَسْأَلَةٌ: إذا أعتق المريض عبدًا ثم عبدًا ثم مات ولا مال له غيرهم عتق ثلث كل واحد منهم[3] .

وقال: يعتق الذي بُدأ به[4] .

لأن العتق في المرض وصية والجهة واحدة فلم يُقدم الذي بدأ به ، كما لو أوصىٰ لإنسان ثم لآخر[5] .

ولأن الوجوب من جنس واحد في حالة واحدة فصار كما لو أقر ثم أقر

(١) وبيانه مثلا: لو ترك رجل ثلاث مائة درهم ، وثلاثين دينارا وقيمتها ثلاث مائة درهم ، ويوصي بثلث ماله لرجل ، فيكون له ثلث الدنانير ، وثلثا الدراهم . فإذا أراد الورثة أن يعطوه ثلث الجميع من أحدهما ، لم يكن ذلك لهم لأن الموصي جعله في الجميع مشاركا لهم . فلو تلف من الدنانير عشرون ، وبقي منها عشرة: كان له ثلث العشرة الباقية ، وثلث الثلاث مائة درهم كلها . فأما إذا أوصىٰ لرجل بثلث الدنانير بعينها ، وأوصىٰ لآخر بثلث الدراهم بعينها ، فهلك من الدنانير عشرون ، وبقي منها عشرة وسلمت الدراهم كلها ، فيكون للموصىٰ له بثلث الدنانير ثلث العشرة الباقية وهو ثلاثة دنانير وثلث دينار ، وللموصي بثلث الدراهم ، ثلث الثلاث مائة وهو مائة درهم . ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٦٥) .

(٢) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي (٤/٢٣٨) ، والبناية شرح الهداية (١٣/٤٢٤) .

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤٠٢٧) ، والمبسوط (٢٨/١٣٥) .

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/٦٥) ، والمهذب (٢/٣٤٧) .

(٥) ينظر: التجريد (٤٠/٢٧) ، والبحر الرائق (٨/٤٩٢) .

بدين، وأما المحاباة والعتق فالجهة مختلفة، فيجوز أن يُبدأ فيه بما بدأ به، ولا يقال: العتق الأول استقر فلا يفسخ؛ لأن العتق وصية بالسعاية عندنا، وذلك يلحقه النقص، ونحن لا نفسخ العتق.

|٧٧٢| **مَسْأَلَةٌ:** المريض إذا قضىٰ بعض غرمائه حاصّه سائر الغرماء فيه[١].

**وقال:** لا يحاصونه[٢].

لأنه لما مرض تعلق حق الغرماء بماله؛ بدليل أنه تُنقض عليه هبته، فإذا قضىٰ بحق بعضهم دينه لم يجز، كما لو قضىٰ بماله[٣].

ولأنه لو أوصىٰ بأن يُقضىٰ غريم دون غريمٍ لم يجز، كذلك إذا قضاه في حال المرض؛ لأن تصرفه في مرضه كالمضاف إلىٰ ما بعد الموت؛ بدليل الهبة[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: يَقضي من الذمة وهو من أهل الأداء فجاز كالصحيح[٥].

❁ **قِيلَ**: باطل بالمحجور، لا يجوز له أن يقضي غريمًا دون غريم عنده، والصحيح قضىٰ بماله وحقه، فلذلك لا يُنقض عليه.

---

(١) ينظر: التجريد (٤٠٥٧/٨)، والمبسوط (٢٨/١٨)

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٣٦٦/١١)، وروضة الطالبين (١٣١/٦).

(٣) ينظر: التجريد (٤٠٥٧/٨)، والمبسوط (٣١/٢٨).

(٤) أي: بدليل أنه لو آثر بعض الورثة بالهبة بماله لم يصح، فكذلك ها هنا لأن فيه إيثار للبعض دون البعض وقد تعلق حق الغرماء بماله. ينظر: التجريد (٤٠٥٧/٨)، والمبسوط (٢٨/١٨).

(٥) ينظر: نهاية المطلب (٣٦٦/١١)، وأسنىٰ المطالب (٣٩/٣).

|٧٧٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصىٰ بما زاد علىٰ الثلث فأجاز الوارث كان التمليك من جهة الموصي[١].

**وقال:** يكون هبة من الوارث[٢].

لأنه عقد علىٰ ماله وللغير فيه حق، فإذا سقط حقه نفذ التمليك من جهته، كما لو باع الرهن فأجازه المرتهن، أو وهب في حال مرضه فأجازه الوارث[٣].

ولأنه مُجيز عقده، فإذا عقده كان التمليك من جهته، ولو كان ابتداء هبة لم يصح بلفظ الإجازة، فلما صح دل علىٰ أنه ليس بابتداء عقد وإنما هو إسقاط، فإذا أسقط حقه عن الثلث صار كالثلث الذي لا حق للوارث فيه، فينفذ فيه عقده ويكون التمليك من جهته[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الوصية بما زاد علىٰ الثلث وصية تملك الوارث فأشبه أن يوصي بملك الغير، وقد ملك الوارث الثلثين، فإذا أجاز انتقل الشيء من ملكه إلىٰ ملك الموصىٰ له فكان تمليكًا من جهتهم[٥].

❊ **قِيلَ:** عقد علىٰ ملكه حيث عقد وللغير حق الفسخ فأشبه ما ذكرنا، والملك بعد الموت موقوف، فإذا أجاز الوارث كان التمليك من جهة الميت، كالمرتهن إذا أجاز فإنه يعود الحق إلىٰ الراهن ويستفيده المشتري من قبله، كذلك هذا[٦].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٩٩٩/٨)، والمبسوط (١٤٧/٢٧) ٤٢٠).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٥/٨)، والمهذب (٣٤٠/٢).
(٣) ينظر: التجريد، للقدوري (٤٠٠٠/٨)، والهداية شرح بداية المبتدي (٥١٤/٤).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣٧٠/٧)، وفتح القدير (٣٩٥/١٣).
(٥) ينظر: المهذب (٣٤٠/٢)، ونهاية المطلب (٩/١٠).
(٦) ينظر: المبسوط (١٥٤/٢٧)، والهداية شرح بداية المبتدي (٥١٤/٤).

|٧٧٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصىٰ إلىٰ عبده والورثة صغار جاز في قول أبي حنيفة(١).

**وقال:** لا يجوز(٢).

لأن الأب يلي عليهم، وقد أقام عبده مقام نفسه وهو يملك تصرفه وليس فيه حق للبيع فجاز، كما لو أوصىٰ إلىٰ مكاتبه(٣).

ولأنه ليس فيه حق البيع فجاز أن يكون وصيًا كالحر(٤).

ولأنه يجوز توكيله فجازت الوصية إليه؛ دليله: الحر، ولا يلزم إذا كان في الورثة كبار؛ لأنا عللنا لجواز الوصية إليه في الجملة لا لبيان أحواله، علىٰ أنه قيل: إن الوصية إليه جائزة، والذي قال في الكتاب: إنها باطلة، أي: تُبطل(٥)، ولا يلزم إذا أوصىٰ إلىٰ عبد غيره؛ لأنه ذكر في الديات أنه يجوز ما لم يخرجه القاضي، وكذلك روي: أن الوصية إلىٰ الذمي جائزة ما لم يخرجه القاضي، ذكره في كتاب القسمة(٦).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الوصي يتصرف بالولاية والعبد لا يلي، ولو جوزنا لأثبتنا له الولاية علىٰ مولاه، وهذا لا يجوز(٧).

---

(١) ينظر: التجريد (٤٠٣٠/٨)، والمبسوط (٢٥/٢٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٢/٨)، والمهذب (٣٤٣/٢).

(٣) ينظر: التجريد (٤٠٣٠/٨)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٠٧/٦).

(٤) ينظر: التجريد (٤٠٣٠/٨)، والمبسوط (٢٥/٢٨).

(٥) ينظر: مختصر القدوري (ص ١٦٩)، والهداية شرح بداية المبتدي (٥٣٩/٤).

(٦) ينظر: المبسوط (٧٠/١٥)، وبدائع الصنائع (١٧١/٤).

(٧) ينظر: المبسوط (٢٥/٢٨)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٠٧/٦).

۞ **قِيلَ**: يتصرف بالأمر على أن العبد لا يلي التصرف؛ لذا كان مُولىً عليه، فإذا لم يكن مُولىٰ عليه وَلي كالحر، وأيضًا أنه لا يلي على مولاه إذا كان هو يلي بنفسه، فإذا لم يلِ جاز أن يلي عليه كالأجنبي فتثبت له الولاية على الغير إذا كان هو ممن لا يلي أمر نفسه، والمكاتب عبد للوارث؛ إذ لا يجوز تزوجه إلا بإذنهم، ويجوز أن يكون وصيًا(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو جوزنا لكان يلي بعض المال دون بعض؛ إذ لا يلي بيع نفسه(٢).

۞ **قِيلَ**: لا نعرف رواية، ويجوز أن ينصرف في بعض، كالمأذون لا يتصرف في رقبته، ويجوز أن نقول: له بيع نفسه؛ لأنه يتصرف على جهة الاحتياط، فإذا رأى من الاحتياط فِعل ذلك فعل وانعزل به، كما لو رأى القاضي عزله فإنه يعزله، وجواز عزله ببلوغ الصغار لا يُبطل الوصية إليه في الحال، كالمكاتب يجوز أن ينعزل بعزله، والوصية إليه جائزة(٣).

|٧٧٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أوصى إليه في بعض ماله فهو وصي في الكل، وهو وصي الولد أيضًا(٤).

**وقال:** هو وصي فيما جعل إليه خاصة(٥).

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية (١٣/٥٠٥)، وفتح القدير (١٠/٥٠١).
(٢) ينظر: التجريد (٨/٤٠٤٣)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٦٩).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦/٢٠٧)، والبناية شرح الهداية (١٣/٥٠٧).
(٤) ينظر: التجريد (٨/٤٠٤٣)، والمبسوط (٢٨/٢٦).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، والمهذب (٢/٣٦٤).

لأن الوصي يتصرف بولاية؛ بدليل أنه يتصرف مع سقوط أمر الموصي، ويُقدّم علىٰ الجد مع سقوط أمر الأب، ويتصرف في المال الذي يرثه الابن من غير أبيه بعد موته، ولم يكن موجودًا في حال حياة الأب، فوجب أن لا يختص ببعض ما يتصرف فيه الوصي دون بعض، كما لو قال: أنت وصي، وكذلك الأخ يزوج الأخوات بالولاية لِمَ لا يختص ذلك ببعض دون بعض؟ ولا يلزم النكاح والعتق والهبة؛ لأنه لا يتصرف الوصي فيه، وكذلك من استفاد الولاية من جهته وهو الأب لم يكن يتصرف في بعض ذلك نحو العتق والهبة، ولم يدل علىٰ أن تصرفه يختص ببعض التجارات دون بعض، كذلك هذا[(١)].

ولأن الوصي يثبت تصرفه في مال الصبي بموت الأب فلا ينتقض؛ دليله الجد[(٢)].

ولأن التصرف ينتقل إلىٰ الحاكم حال عدم الوصية، كما ينتقل إلىٰ الوصي حال وجودها، ثم تصرف الحاكم لا يتبعض، فكذلك تصرف الوصي[(٣)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من تصرف لغيره بإذنه الخاص كان تصرفه مقصورًا علىٰ ما وقع الإذن فيه من أموره؛ دليله الوكيل[(٤)].

۞ **قِيلَ**: لا يتصرف بالإذن، والوكيل لا يكون تصرفه مقصورًا علىٰ ما وقع الإذن عليه؛ لأنه لو وكل بالبيع كان له قبض الثمن، علىٰ أنه لو قال: أنت وكيلي

---

(١) ينظر: التجريد (٨/٤٠٤٣)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٦٩).

(٢) يعني: دليل صحة تصرف الوصي مطلقا أن تصرف الجد لا يختص بنوع دون نوع؛ لأنه قائم مقام الأب عند عدمه فكذلك تصرف الوصي فيما يقبل النقل إليه. ينظر: المبسوط (٢٨/٢٦).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤٠٤٦)، والمبسوط (٢٨/٢٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، والمهذب (٢/٣٦٤).

لم يجز له التصرف، والوكيل لا يتصرف بغيره، ولو قال: أنت وصيي بعد موتي جاز له التصرف بالبيع والشراء، والوصي يتصرف بنفسه وبغيره فدل على أن تصرفه عام، وأن تصرفه بالولاية؛ إذ لا يُشترط بقاء أمر آمره، وأما أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف إلا في سبعة أشياء؛ لأن الولاية تثبت لهما على الشركة، كالأمة بين المولیين لا يزوجها أحدهما، وإذا زوجاها زوجاها بولاية[1].

وأما القاضي إذا جُعل له التصرف في كذا دون كذا فلا نسلم أنه يختص به، على أن تصرفه يختص به حتى لا يتصرف بغيره، فكذلك يختص بما خص به كالوكيل، وتصرف المضارب بالأمر؛ إذ لا يتصرف مع سقوط أمر رب المال، فلذلك يختص بما يُخص، ولو قال: دفعت إليك المال مضاربة لم يصح، وإنما يكون إجارة فاسدة وله أجر المثل حتى يقول دفعته مضاربة بالنصف أو الثلث[2].

ولو أن المسلمين عقدوا لواحد عقد الإمامة على الجهاد كان إمامًا على العموم، ولم تختص ولايته، فدل على أن الولاية لا تختص في النوع الذي يعقد بالولاية فيه، ولو قال: أنت وصي إلى أن يقدم فلان، اختص بذلك الزمان ولا يختص ببعض التصرف كما تختص ولاية الأب بزمان صغر الصبي، ولا تختص ببعض دون بعض[3].

---

(١) والأشياء السبعة التي أشار إليها هي: ١ ـ شراء الكفن وجهاز الميت. ٢ ـ جمع الأموال المتفرقة من قبض الديون والودائع والمغصوب. ٣ ـ أداء ما على الميت من رد الودائع والمغصوب. ٤ ـ قضاء الدين وتنفيذ الوصية. ٥ ـ شراء ما لا بد لليتيم منه نحو الإنفاق والكسوة. ٦ ـ قبول الهبة وبيع ما يتسارع إليه الفساد لأن فيه منفعة للصبي. ٧ ـ الخصومة للميت وعليه. ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٢٠)، وبدائع الصنائع (٤/١٧٨)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٦٧).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٢٠)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/٥٣).

(٣) ينظر: البحر الرائق (٨/٥٢١)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٦٩).

|٧٧٦| **مَسْأَلَةٌ:** للوصي أن يوصي إلىٰ عبده[١].

**وقال:** ليس له ذلك[٢].

لأنه يتصرف بالولاية؛ بدليل ما ذكرنا، فله أن يقيم غيره مقامه، كالجد يجوز له أن يوصي[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** من تصرف في أمر غيره بإذن ولا يملك تفويضه إلىٰ غيره بإذنه لم يملك تفويضه من غير إذن من فوض إليه كالوكيل[٤].

۞ **قِيلَ:** الوكيل يتصرف بالأمر ولا يقيم غيره مقامه في حياته، فكذلك بعد مماته، والوصي يقم غيره مقامه في حال حياته فله أن يوصي إلىٰ عبده كالجد[٥].

|٧٧٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال الوصي: دفعت المال إلىٰ الغلام بعد البلوغ وأنفقت عليه في حال الصغر صُدِّقَ إلىٰ نفقة مثله[٦].

**وقال:** لا يُصَدّق[٧].

---

(١) بشرط أن يكون الورثة كلهم صغارا، فإن كان فيهم كبير لم تصح. ينظر: التجريد (٤٠٣٠/٨)، والمبسوط (٢٥/٢٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٢/٨)، والمهذب (٣٤٣/٢).

(٣) ينظر: التجريد (٤٠٣٠/٨)، والمبسوط (٢٥/٢٨).

(٤) يعني: أن العبد لا يملك التعويض بغير إذن السيد، فأشبه الوكيل، وهذا لأن ولايته منعدمة لمنافاتها للرق، وهو قول أبي يوسف وهو القياس كما ذكر السرخسي، بالإضافة إلىٰ أن فيه إثبات الولاية للمملوك علىٰ المالك. ينظر: المبسوط (٢٥/٢٨)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٠٧/٦).

(٥) ينظر: التجريد (٤٠٣٠/٨)، والمبسوط (٢٥/٢٨).

(٦) ينظر: التجريد (٤٠٥٠/٨)، والمبسوط (١٨٠/٢٠).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٥٢٦/٦)، والمهذب (٣٦٥/٢).

لأنه أمين لم يعترف بجناية ؛ إذ له الإنفاق والدفع بعد البلوغ ، فلا يضمن كالمودع والمضارب(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦](٢).

۞ **قِيلَ**: ليس في الأمر بالإشهاد ما يدل علىٰ أنه غير أمين وأنه لا يصدق من غير إشهاد ، علىٰ أن الفاء للتعقيب ، فاقتضىٰ جواز الدفع من غير إشهاد في حاله(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ادعىٰ الدفع إلىٰ غير من ائتمنه فلا يُصدق ، كالوكيل إذا ادعىٰ الدفع إلىٰ غيره(٤).

۞ **قِيلَ**: يبطل بالقاضي إذا قال: دفعته إلىٰ اليتيم ، والأب إذا أودع مال الصبي ومات الأب ، فقال المودَع: رددته إلىٰ الابن صُدق ، علىٰ أن الأب يلي علىٰ الابن فينفذ إذنه عليه ويصير كأنه أذن ، علىٰ أن للوصي الرد عليه ، فإذا ادعىٰ بالرد علىٰ من جُعل له الرد عليه لم يضمن ، وإذا كان لا يضمن بتصرفه ، ولو قال هلك كان القول قوله ، فأن لا يضمن بدعوىٰ الرد عليه أولىٰ(٥).

---

(١) ينظر: التجريد (٨/٤٠٥٠).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (١١/٤٠٦) ، وأسنىٰ المطالب (٢/٢٨٦).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤٠٥١).

(٤) يعني: أن اليتيم ليس هو من ائتمن الوصي ، وبهذا يفرق بين قوله لمن ائتمنه قد دفعته إليك فيقبل لأنه ائتمنه وبين قوله لمن لم يأتمنه عليه قد دفعته إليك فلا يقبل لأنه ليس الذي ائتمنه. ينظر: الحاوي الكبير (٦/٥٢٦) ، ونهاية المطلب (١١/٤٠٦).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٤٠٥٠).

|٧٧٨| **مَسْأَلَةٌ:** ليس للموصىٰ له بحرية العبد أن يؤاجره[١].

**وقال:** له ذلك[٢].

لأنه تمليك المنفعة بغير عوض فلا يملكه قبل القبض، كالعارية في حال الحياة، وإذا لم يملكه لم يجز له أن يعقد عليه عقد الإجارة، وفي الإجارة تمليك بعوض فيملكه قبل القبض فله أن يُملكه بعقد الإجارة، الدليل عليه البيع لما كان تمليكًا بعوض وقع الملك قبل القبض، وفي الهبة لا يقع[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** المملوك بالوصية كالمملوك بعقد المعاوضة في استفادة العقد الذي هو قابل له؛ دليله رقاب الأموال[٤].

۞ **قِيلَ:** الرقبة مملوكة بغير عوض، والحلول بغير عوض في حال الحياة قد يجوز التصرف فيه قبل القبض مثل الجُعل، والعبد المصالح عليه من دم العمد، وكذلك الميراث، والمملوك بغير عوض من المنافع لا تجوز إجارته بحال من الأحوال، فكذلك بعد الممات[٥]، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

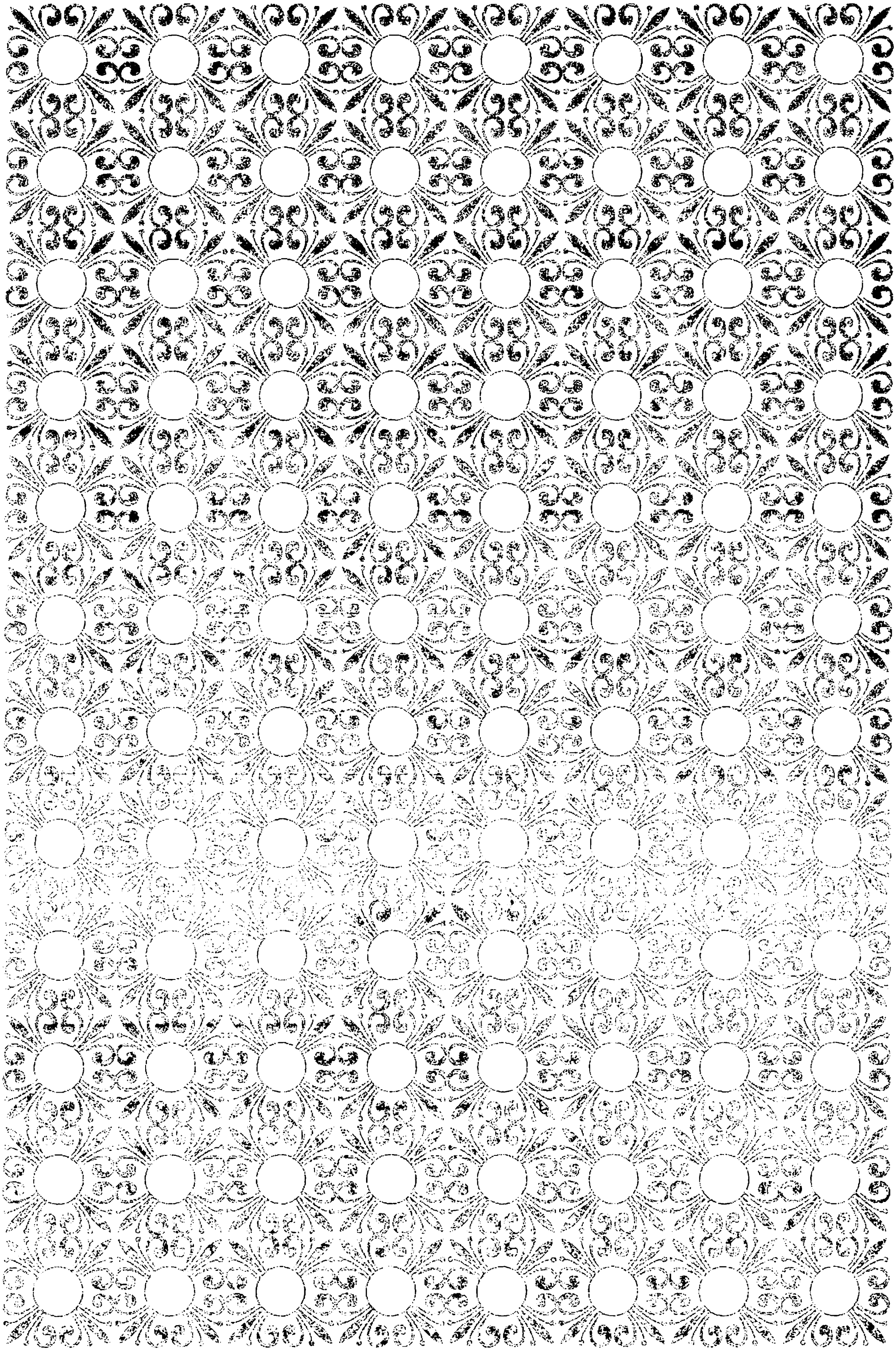
(١) ينظر: المبسوط (٢/٢١)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٠٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٢٠)، ونهاية المطلب (١١/١٢٦).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٢٠٨)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٧٠).

(٤) يعني: أن الوصية بالخدمة كالوصية بالرقبة. فلما كان الموصىٰ له بالرقبة يجوز له المعارضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصىٰ له بالخدمة أيضا يجوز له المعارضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية. ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٢٠)، ونهاية المطلب (١١/١٢٧).

(٥) يعني: لأنه صار ملكا للموصى به. ينظر: المبسوط (٢١/٣)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٧٠).



# كتاب الفرائض

|٧٧٩| ذوو الأرحام يرثون إذا لم يكن للميت عصبة ولا صاحب فرض، إلا الزوج والزوجة في قول عمر، وعلي، وابن مسعود[١]، وابن عباس[٢]، وحكىٰ القاضي أبو خازم فيه إجماع الخلفاء[٣]، وبه قال أصحابنا[٤]، وذو الرحم: من يدلي إلىٰ الميت بنسب أو قرابة ممن ليس بعصبة ولا صاحب فرض.

وكان زيد بن ثابت[٥] لا يرىٰ توريثهم، وبه قال[٦].

قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾ [الأنفال: ٧٥]، فوجب أن يكون أولىٰ بالإرث وغيره، وقوله في كتاب الله لا يوجب صرف هذه الآية إلىٰ من بُين له نصيب في آية المواريث؛ لأن هذه الآية في كتاب الله أيضًا، علىٰ أن قوله في كتاب الله، أي: في فرض الله، قال الله تعالىٰ: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٥] أي: فرض الله[٧].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٦١٩٧)، (١٦١٩٨)، وابن أبي شيبة (٣١٨٠٦).

(٢) أثر ابن عباس ﷺ أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (١٧٤٣/٥)، وفي توريث ذوي الأرحام اختلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء بعدهم
. ينظر: المبسوط (٢/٣٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٢١/٤)، والمبسوط (٢/٣٠).

(٤) ينظر: التجريد (٣٩١١/٨).

(٥) لا يعتد بقوله بمقابلة إجماعهم. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٢٢/٤)، والمبسوط (٢/٣٠).

(٦) أي: الشافعي، حيث ذهب إلىٰ عدم توريثهم، وأن بيت المال أولىٰ منهم. ينظر: الحاوي الكبير (٧٣/٨)، والشرح الكبير (٤٥٤/٦).

(٧) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٨٦/٣).

ولأن الله تعالىٰ قال: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ﴾ [النساء: ٧] فوجب أن يستحق كل قريب بقرابته بهذه الآية، وقوله: ﴿نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧] أي: فرضًا لازمًا[١]، وذو الرحم يستحق قدرًا لازمًا، ولا يقتضي ذلك سهمًا مقدرًا؛ لأن من أوصىٰ بنصيب فالبيان إلىٰ الورثة.

عمر بن الخطاب: أن النبي ﷺ قال: «الله ورسوله مولىٰ من لا مولىٰ له، والخال وارث من لا وارث له»[٢].

المقدام بن معد يكرب وعائشة: أن النبي ﷺ قال: «الخال وارث من لا وارث له»[٣]، معناه: من لا وارث له غيره[٤]، كما روي أن النبي ﷺ كان يقرأ في دعائه: «يا عماد من لا عماد له»[٥] يعني: غيره[٦]، وفيما يقولونه نفيه ما أثبته

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١١٢)، والتجريد (٨/٣٩١١).

(٢) أخرجه أحمد (١٨٩) والترمذي (٢١٠٣). قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(٣) حديث المقدام بن معدي كرب: أخرجه أحمد (١٧٢٠٤) وأبو داود (٢٨٩٩). ينظر: علل الحديث لابن أبي حاتم (٤/٥٥٢). وقال الحاكم في المستدرك (٨٠٠٢): «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه».
وأما حديث عائشة: فقد أخرجه الترمذي (٢١٠٤)، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٦٣١٨). قال الترمذي: «وهذا حديث غريب وقد أرسله بعضهم ولم يذكر فيه عن عائشة». وأعله النسائي بالاضطراب.

(٤) قال القدوري في حديث المقدام: «هذا خبر صحيح متصل لم يعارضه مثله، عدل مخالفنا مثله، ورده بغير حجة». ينظر: التجريد (٨/٣٩١٤).

(٥) أخرجه الديلمي في مسند الفردوس كما في الزيادات علىٰ الموضوعات للسيوطي (٧٦٠) من حديث ابن عباس في سياق طويل. قال ابن عراق: «فيه من لم أعرفهم وقد أورده السخاوي في القول البديع وقال ضعيف». ينظر: تنزيه الشريعة المرفوعة (٢/٣٣٥).

(٦) قال الجصاص: (ومعناه: من لا عماد له غيره، وهو أظهر من أن يحتاج فيه إلىٰ الاستشهاد). ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١١٥).

في أول الخبر، وهو محال.

أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال: «الخال وارث»[١].

واسع بن حبان: أن ثابت بن الدحداح مات، فقال رسول الله ﷺ لعاصم بن عدي: «هل تعلم له نسبًا في العرب؟»، فقال: يا رسول الله كان رجلًا أتيًا ـ وهو الذي ليس له نسب معروف ـ، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه لأبي لُبابة ابن أخته[٢][٣].

ولأن سائر المسلمين يدلون إليه بالإسلام، وهذا يُدلي إليه بالإسلام والقرابة، فمن يدلي بجهتين أولىٰ ممن يُدلي بجهة واحدة، كالأخ من الأب والأم مع الأخ من الأب[٤].

ولأنه يُحجب بالرحم؛ لأن الأخ من الأب والأخ أولىٰ من الأخ من الأب، وكذلك العم، فإذا حجب به ورث به؛ دليله جهة الأبوة.

ولأن بينهما قرابة تحرم المناكحة فتوجب الموارثة كذا السهم[٥].

ولأن أولاد الأخ أولاد عصبة بالنسب، فجاز أن يثبت الإرث لكل واحد

(١) أخرجه الدارمي (٣٠٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٢١٤). وقال البيهقي: «هذا مختلف فيه علىٰ شريك، وليث بن أبي سليم غير محتج به، والله أعلم». وتعقبه العيني فقال: «ليث أخرج له مسلم في صحيحه، واستشهد به البخاري في كتاب الطب». ينظر: نخب الأفكار (١٦/٢٦٠).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٧٧٩)، والدارمي (٣١٠٢)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٢١٧). قال البيهقي: «منقطع».

(٣) أدلة الحنفية التي ذكرها المؤلف تنظر في شرح مختصر الطحاوي (٤/١١٢)، والتجريد (٨/٣٩١١).

(٤) ينظر: التجريد (٨/٣٩١٨).

(٥) ينظر: التجريد (٨/٣٩١٨).

منهما كأولاد الابن.

ولأن الابن والابنة يشتركان في الإرث، والابن عصبة، والابنة صاحب سهم، ومن يدلي بالعصبة يستحق الإرث، فكذلك من يدلي بذي السهم؛ دليله الجد يدلي بذي السهم ويستحق.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ سُئل عن ميراث العمة والخالة، فقال: «سارني جبريل، وقال: لا شيء لهما»[(١)].

وروى ابن عمر: أن رجلًا قال: يا رسول الله ما تقول في الخالة والعمة؟ فقال رسول الله ﷺ: «يا رُبَّ خالة وعمة» ثم قال: «لا شيء لهما»[(٢)].

❁ **قِيلَ**: راوي الحديث الأول مسعود بن اليسع ولا يحتجون به[(٣)]، والثاني مرسل يُروى عن عطاء[(٤)]، ويقول: لم يكن لهم وارث، ثم أوجب بقول الله

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣/٨)، والشرح الكبير (٤٥٢/٦).
والحديث أخرجه الدارقطني (٤١٥٩)، ومن طريقه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٥٦) من طريق مسعدة بن اليسع الباهلي. قال الدارقطني: «لم يسنده غير مسعدة عن محمد بن عمرو وهو ضعيف والصواب مرسل». وقال الذهبي في التنقيح (١٥٨/٢): «وكذبه أبو داود، والصواب مرسل».

(٢) ينظر: كفاية النبيه (٥٢٢/١٢)، وتحفة المحتاج (٣٩٠/٦).
والحديث أخرجه الحاكم في المستدرك (٧٩٩٦) قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد». وقال ابن الملقن: «صح بشواهده». ينظر: البدر المنير (٢٠٢/٧)، وقال العيني: «عبد الله بن جعفر المديني فيه مقال، قال أبو حاتم: منكر الحديث جدا يحدث عن الثقات بالمناكير يكتب حديثه ولا يحتج به، وقال الجرجاني: واهي الحديث، وقال النسائي: متروك الحديث، وعنه: ليس بثقة. وأخرجه الدارقطني من حديث أبي عاصم موقوفا». ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٢٤٨/٢٣).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١١٨/٤)، والتجريد (٣٩٢٠/٨).

(٤) عن عطاء أن النبي ﷺ ركب إلى قباء يستخير في ميراث العمة والخالة فأنزل عليه: «لا ميراث=

تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ﴾ [الأنفال: ٧٥] فيكون الإثبات أولىٰ[١]، علىٰ أن قوله: «لا شيء لهما»، أي: مع أصحاب الفرائض، أو ليس لهما مقدر معلوم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل أنثىٰ لا ترث مع من في درجتها من الذكور بحال فلا مدخل لها في الميراث، كما لو كانت أمة[٢].

۞ **قِيلَ**: ابن الأخ عصبة، وابنة الأخ ليست بعصبة، ولا صاحبة فرض، فلذلك لا ترث معه، وليس إذا لم يرث مع غيره لم يرث عند انفراده كالأخ مع الولد، وأما العصبة وصاحب الفرض إذا اجتمعا ـ مثل الأخ والأخت ـ فإنه يجوز أن يشرك بينهما كالابن والابنة، علىٰ أن كفر الكافر يمنع إرثه مع وجود السبب الموجب له[٣] ولم يوجد ها هنا مانع من كفر ورق وما أشبهه فلا يحرم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من لا يرث مع المولىٰ المعتق فلا ميراث له بالنسب[٤] كالأمة والقاتل.

۞ **قِيلَ**: مولىٰ العتاقة عصبة، وذو الرحم لا يرث مع عصبة[٥]، وتقديم

---

= لهما». أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٦١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٤٢٣)، والدارقطني (٤١٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٢٠٤)، قال الطحاوي: «حديث منقطع». وقال ابن حجر: «وصله الحاكم في المستدرك بذكر أبي سعيد، وفي إسناده ضعف، ووصله الطبراني في الصغير أيضا من حديث أبي سعيد في ترجمة محمد بن الحارث المخزومي شيخه وليس في الإسناد من ينظر في حاله غيره». ينظر: التلخيص الحبير (١٧٦/٣).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١١٨/٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير (٤٥٢/٦)، وأسنىٰ المطالب (٦/٣).

(٣) ينظر: المبسوط (٣٠/٣٠).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٣٣/٩).

(٥) مولىٰ العتاقة أولىٰ بالميراث من الرحم الذي ليس بعصبة. وهو عصبة إذا لم يكن له عصبة من النسب، يستحق فضل الميراث، كما يستحقه سائر العصبات من ذوي الأنساب. ينظر:=

غيره عليه لا يوجب سقوطه أصلًا كما بينا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل أحد له قريب بالرحم، فلو كان يُستحق به الإرث لم يجز أن يجعل ماله لبيت المال أبدًا[1].

۞ **قِيلَ**: إذا لم يُعرفوا لم يستحقوا؛ لأن المجهول لا يستحق ولا يوجب له فجُعل لبيت المال، وهذا كما يعلم أن العربي التميمي له عصبة من بني تميم، ثم إذا لم يعرف جعل ميراثه لبيت المال، وإن كان بيت المال لا يستحقه مع العصبة لو كان معلومًا[2].

|٧٨٠| **مَسْأَلَةٌ**: يرد[3] على ذوي السهام ما فضل عن مقدار سهامهم إلا الزوج والزوجة[4].

**وقال**: لا يرد، ويُجعل الفاضل لبيت المال[5].

ومن قال: بتوريث ذوي الأرحام قال بوجوب الرد.

واثلة بن الأسقع: أن النبي ﷺ قال: «المرأة تُحْرِزُ[6] ثلاثة مواريث:

---

= شرح معاني الآثار (٤٠١/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٤١٤/٨).

(١) لم أقف على هذا الاعتراض للشافعية ولكن مذهب الشافعي أن بيت المال أحق من ذوي الأرحام. وينظر: الحاوي الكبير (٧٧/٨).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٢٠/٤).

(٣) الرد: هو أن تعجز سهام الفريضة عن استيفاء جميع التركة فلا يكون معهم عصبة، كالبنت التي فرضها النصف إذا لم يشاركها غيرها وقد بقي النصف بعد فرضها فهل يرد عليها؟ أم يكون لبيت المال وليس لها غير فرضها؟ ينظر: بحر المذهب (٣٩٤/٧).

(٤) ينظر: التجريد (٣٩٢٧/٨)، والمبسوط (١٩٢/٢٩).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٨٣/٨)، والتهذيب (٥٨/٥).

(٦) كتب أمامها في الحاشية: «تحوز».

عتيقها، ولقيطها، وولدها»[١]، ولا تستحق جميع ميراث ابنها إلا بالرد[٢].

ولما روي في حديث سعد بن أبي وقاص أنه قال: يا رسول الله إن لي مالًا كثيرًا وليس يرثني إلا ابنتي، أفأوصي بمالي كله؟ قال: «لا»، قال: أفأوصي بثلث مالي والثلث لابنتي؟ قال: «لا»، قال: فبنصف مالي والنصف لابنتي؟ قال: «لا»، قال: أفأوصي بثلث مالي والثلثان لابنتي؟ قال ﷺ: «الثلث، والثلث كثير»[٣]، فلما لم ينكر عليه قوله: «ليس يرثني إلا ابنتي»، دل على أنها ترث جميع المال، وكذلك لم ينكر قوله: «والثلثان لابنتي»، فثبت أنها تستحق الثلثين[٤]، وقد بينا أنه إذا وجد بينهما قرابة تحرم المناكحة لم يرث بيت المال معه.

ولأنه يستحق بعض ماله بقرابته فأشبه الأب.

❁ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾ [النساء: ١١][٥]، فمن جعل جميع المال لابنتين أو للواحدة فقد زاد وتعدى حدود الله.

---

(١) أخرجه أحمد (١٦٩٨١)، وأبو داود (٢٩٠٦)، والترمذي (٢١١٥)، والنسائي في السنن الكبرى (٦٣٢٧). قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث محمد بن حرب على هذا الوجه».

(٢) ينظر: التجريد (٣٩٢٨/٨)، والمبسوط (١٩٥/٢٩).

(٣) أخرجه البخاري (١٢٩٥)، ومسلم (١٦٢٨).

(٤) قال السرخسي: اعتقد سعد أن الابنة تكون وارثة في جميع المال ولم ينكر ذلك عليه رسول الله، ثم منعه عن الوصية بما زاد على الثلث مع أنه لا وارث له إلا ابنة واحدة فلو كانت لا تستحق الزيادة على النصف بالرد لجوز له الوصية بنصف المال. ينظر: المبسوط (١٩٥/٢٩).

(٥) هذه الآية استدل بها الحنفية أيضا على أن البنتين تستحقان جميع المال حين يكون سهم الابن وهذا لا يكون إلا على قولهم. ينظر: التجريد (٣٩٢٧/٨).

۞ **قِيلَ**: جعل الله تعالىٰ حظ الذكر مثل حظ الأنثيين، وقد يستحق الذكر جميع المال، فدل علىٰ أن الانثيين تستحقانه أيضًا، علىٰ أنهما لا تستحقان بالفرض أكثر من ذلك الذي جعله الله تعالىٰ لهما مفروضًا، والباقي تستحقانه بالرحم لا علىٰ سبيل الفرض، كالزوج إذا كان ابن عم يستحق النصف[1] كما فرضه الله تعالىٰ، ثم يستحق الباقي من جهة أخرىٰ.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لما ورثت الابنة النصف بحق التسمية لم يُرد عليه الباقي كالزوج.

۞ **قِيلَ**: القياس أن لا يستحق الزوج شيئًا لعدم السبب حال الاستحقاق، إلا أنا جعلنا له النصف بالفرض بكتاب الله تعالىٰ[2]، ولا سبب يستحق الباقي به فلا يوجب[3]، وقد وجد في مسألتنا الرحم فجاز أن يستحق به الباقي، علىٰ أن الزوج أجنبي فجاز أن يرث معه المسلمون الأجانب.

| ٧٨١ | **مَسْأَلَةٌ:** لا يرث الأخوة والأخوات مع الجد، كما لا يرث مع الأب في قول أبي حنيفة[4].

وهو قول أبي بكر[5]، وابن عباس[6]، ....................

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٦/١٣٤)، والمبسوط (٢٩/١٧٩).

(٢) لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢].

(٣) الزوجية لا تصلح مرجحة للقرابة إذ لا مجانسة بينهما صورة ولا معنىٰ. ينظر: المبسوط (٢٩/١٧٩).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٩٤)، والتجريد (٨/٣٩٤٤).

(٥) أخرجه البخاري (٣٦٥٨).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٥٣)، وسعيد بن منصور (٤٩)، عن ابن عيينة، عن عمرو، عن عطاء،=

ومعاذ بن جبل[1]، وعائشة[2]، وأبي الدرداء[3]، وأبي بن كعب[4]، وأبي موسىٰ[5]، وابن الزبير[6].

**وقال:** يقاسم الجد بالأخوة والأخوات ما دامت المقاسمة خيرًا له من الثلث، وإن كان الثلث خيرًا له أخذه وترك الباقي بينهم[7].

وهو قول علي[8]، وعثمان[9]، وزيد[10]، وابن مسعود[11].

وقد روي عن عمر[12]، ..............................

= عن ابن عباس: أنه كان يرىٰ الجد أبا، ويتلو هذه الآية: ﴿مِلَّةَ ءَابَآءِيٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَإِسۡحَٰقَ وَيَعۡقُوبَۚ﴾ [يوسف: ٣٨] قال: وقال ابن عباس: «لو علمت الجن أنه يكون في الإنس جد ما قالوا: ﴿وَأَنَّهُۥ تَعَٰلَىٰ جَدُّ رَبِّنَا﴾ [الجن: ٣].

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٩٧).

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور (٤٤)، عن سعيد بن أبي بردة، عن أبيه، أن عمر بن الخطاب، كتب إلىٰ أبي موسىٰ الأشعري أن اجعل الجد أبا، فإن أبا بكر، جعل الجد أبا.

(٦) أخرجه البخاري (٣٦٥٨).
وينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٩٧).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٢١ و١٢٧)، ونهاية المطلب (٩/٩٧).

(٨) أخرجه البيهقي (١٢٤٣٥).

(٩) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٦٢)، وعند البيهقي (١٢٤٧٢)، عن أبي مجلز، أن عثمان بن عفان ﷺ شرك بين الإخوة من الأم والإخوة من الأب والأم في الثلث، وأن عليا ﷺ لم يشرك بينهم.

(١٠) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٦٣)، والدارمي (٢٩٧١).

(١١) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٦٢)، وعن ابن مسعود روايتان أشهرهما كقول زيد. ينظر: المبسوط (٢٩/١٨٠).

(١٢) أخرجه سعيد بن منصور (٥٣). =

وعلي[١]، وعثمان[٢]، مثل قول أبي بكر[٣] رضي الله عنهم.

لأن الله تعالى قال: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢]، والجد أب؛ لأن الله تعالى لم يذكر في كتابه جدًا إلا باسم الأب[٤][٥].

وروي عن ابن عباس أنه قال: من شاء لاعنته عند الحجر الأسود أن الجد أب، وأن ما ذكر الله تعالى جدًا ولا جدة إنهما لأباء[٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: سمى الله تعالى العم أبًا.

❁ **قِيلَ**: ظاهر الآية يقتضي أن يكون الثلثان للعم والثلث للأم خص بذلك[٧].

---

= والصحيح أن مذهب عمر رضي الله عنه لم يستقر على شيء في الجد، وروي عن عبيدة السلماني أنه قال اجتمعوا في الجد على قول فسقطت حية من سقف البيت فتفرقوا فقال عمر رضي الله عنه أبى الله تعالى أن يجتمعوا في الجد على شيء. ولما طعن عمر رضي الله عنه وأيس من نفسه قال اشهدوا أنه لا قول لي في الجد، ولا في الكلالة وأني لم أستخلف أحدا. ينظر: المبسوط (٢٩/١٨٠).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٥٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٦٢).

(٣) سبق بيان رأي أبي بكر رضي الله عنه، وينظر: المبسوط (٢٩/١٨٠)، والحاوي الكبير (٨/١٢٢).

(٤) قال تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَۚ﴾ [الحج: ٧٨] وقال: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٢٦]. ينظر: التجريد (٨/٣٩٤٤).

(٥) الجد عند عدم الأب يقوم مقام الأب في الإرث والحجب حتى يحجب الإخوة والأخوات من أي جانب كانوا وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عتبة وبه أخذ أبو حنيفة إلا في فصلين: زوج وأم وجد، وامرأة وأم وجد فللأم فيهما ثلث جميع المال. ينظر: المبسوط (٢٩/١٨٠).

(٦) أخرجه سعيد بن منصور (٥٠).

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٩٥).

ولأن للجد ولاد وتعصيب فأشبه الأب.

وابن الابن لما كان يدلي بولاد وتعصيب قام مقام الابن، وكان أولىٰ من الأخ، كذلك الجد.

ولأن الجد يُدلي بابنه، والابن أولىٰ بالتعصيب من الأب، فمن يدلي بالابن من جهة وجب أن يكون أولىٰ[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: فابن الابن يُدلي بأبيه ولم يكن الجد أولىٰ منه[2].

❁ **قِيلَ**: هو يدلي بابن الميت، وأما الأخ فلا يدلي بابن نفسه ولا بابن الميت، فالمدلي بالابن من أي جهة كان أولىٰ[3].

ولأنه قال: يقسم المال بين الجد والأخ من الأب والأم نصفين ثم الأخ من الأب والأم يحجب الأخ من الأب فمساويه يجب أن يحجبه.

ولأن الجد وارث في هذه الحال فلا ترث الأخوة معه، كالمرأة إذا خلفت زوجًا وأمًا وجدًا وأخًا فإن للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ولا شيء للأخ.

ولأن المخالف قال: لو أن امرأة خلفت زوجًا وأختًا وأمًا وجدًا، فللزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ثم تضم الأخت نصيبها إلىٰ نصيب الجد فتقاسمه أثلاثًا، فجعل الجد عصبة، وإذا كان في الورثة استحال أن يكون في المسألة عول.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/ ٩٦)، والتجريد (٨/ ٣٩٤٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/ ١٢٢)، وبحر المذهب (٧/ ٤٤٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/ ٩٦)، التجريد (٨/ ٣٩٤٨)

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «أفرضكم زيد»(١).

۞ **قِيلَ**: إنه يحتمل أنه خاطب قومًا لم يكن فيهم من يخالفه من الصحابة، أو ذكر ذلك في مسألة أصاب زيد فيها؛ إذ لم يرجع الصحابة إلىٰ قوله عند الاختلاف، فلم يحتج زيد به علىٰ غيره(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من عصّب أخواته لم يحجب بالجد كالابن.

۞ **قِيلَ**: فوجب أن لا تقاسم بالجد كالابن، والابن وإن كان قد يرث الجد معه فلا يقاسم به، وقد نفينا هذا، علىٰ أن الأب لا يعصب أخته، وهو أولىٰ من الأخ الذي يُعصب، ونقول للأخ ذو عم تعصيب، ولكن تعصيب الجد آكد فهو أولىٰ.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو حجب الجد الأخوة لحجبهم بنو الجد لابن وابن الابن، فلما لم يحجبهم بنوه لم يحجبهم أيضًا.

۞ **قِيلَ**: بنوه لا يقومون مقامه في حجب الأخوة، كما لا يقومون مقامه عندك في المشاركة، وابن الأم يُقدم عندك علىٰ ابن الجد وإن كان أبوه لا يقدم عليه، فدل علىٰ أنه لا يعتبر الأب بالابن، علىٰ أن ابن الجد انفرد بقرابة أخرىٰ؛

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٩/٩)، والشرح الكبير (٦/٤٤٣).
والحديث أخرجه أحمد (١٢٩٠٤)، والترمذي (٣٧٩١)، قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٢) ليس في هذا الحديث ما يوجب كونه فوق الخلفاء الراشدين وفوق أجلاء الصحابة، وإنما المعنىٰ أن من جلت رتبته في معنىٰ من المعاني جاز أن يقال: أنه أفضل الناس في ذلك المعنىٰ وإن كان فيهم مثله أو من هو فوقه من ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال لعلي: «يقتلك أشقاها» يعني: البرية، فقتله عبد الرحمن بن ملجم وكان من أهل التوحيد وأشقىٰ منه المشرك ولكن لعظيم جرمه. ينظر: المعتصر من المختصر من مشكل الآثار (٢/٢٧١).

لأنه عم[1]، والأخ لم ينفرد فأخذ قوة أبيه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: زوج وأب وأم للأم السدس، وزوج وجد وأم للأم ثلث جميع المال، ولا يصير الولد مسلمًا بإسلام جده، كما يصير مسلمًا بإسلام أبيه.

۞ **قِيلَ**: ابن الصلب يرد الأخت من النصف إلى الثلث، وابن الابن لا يردها، ولا يدل على أنه لا يقوم مقام الابن إذا لم يكن ابن، ولا يحجب الأخ كذلك هذا، وابنة الابن مع البنات لا تكون بمنزلة ابنة الصلب ومع غيرهن تكون، كذلك الجد لا يكون مع الأم بمنزلة الأب ومع الأخ يكون، وأما في الإسلام فإن ابن الابن في الإسلام، ويقوم مقامه في الميراث والحجب، على أن شبه الجد بالأب آكد منه بالأخ[2]؛ لأنه يتصرف في النفس والمال بجهة واحدة، ويسقط أولاد الأم، ولا يجري بينه وبين ولد الولد قصاص، ولا يُحد بقذفه، ولا تقبل شهادته له، ولو استولد جاريته صارت أم ولد له، فإلحاقه به أولى.

ويستدل عليهم من مسألة الأكدرية فإن المرأة إذا خلفت زوجًا وأمًا وأختًا وجدًا، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس، ولو كان مكان الأخت أختان لكان للزوج النصف، وللأم السدس، والباقي بين الجد والأختين نصفين، فتضرب الأخت الواحدة بالنصف، والأختان بالسدس، وهذا يخالف الأصول.

---

(١) ينظر: التجريد (٨/٣٩٥٦).

(٢) الجد يستحق بالتعصيب من طريق الولاد فوجب أن يكون بمنزلة الأب في نفي مشاركة الإخوة إذ كانت الإخوة إنما تستحقه بالتعصيب منفردا عن الولاد. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١/١٠٣)، شرح مختصر الطحاوي (٤/٩٥).

|٧٨٢| **مَسْأَلَةٌ:** امرأة ماتت وخلفت زوجًا، وأمًا، وأخوين لأم، وأخًا، وأخوة لأب وأم، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين السدسان، ولا شيء للأخوة من الأب والأم، وهو قول علي(١)، وابن عباس(٢)، وأبي موسى(٣).

**وقال:** يشرك بين الإخوة للأم، والأخوة للأب والأم، فيقسم الثلث بينهم سواء استوىٰ فيه ذكورهم وإناثهم(٤).

لأن الله تعالىٰ أفرد أولاد الأم بالثلث بقوله تعالىٰ: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢] فلا يشاركون.

وروي أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت فهو لأولىٰ عصبة ذكر»(٥)، فجعل الباقي للعصبة ولم يبق شيء(٦).

ولأن الإخوة من الأب والأم عصبة ولا فرض لهم؛ بدليل أنهم يعصبون الأخوات كالبنين، وبدليل أنه لو خلف أخًا لأب وأم وأخًا لأم فإن الأخ من الأب والأم لا يشارك الأخ من الأم في فرضه، ثم يأخذ بقية المال بالتعصيب، والعصبة ترث الفاضل.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (٢٢).

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما روايتان أظهرهما التشريك. ينظر: المبسوط (٢٩/١٥٤).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٧٥٩)، والبيهقي (١٢٤٨٤) أن عليا، وأبا موسىٰ، وزيدا كانوا لا يشركون، قال وكيع: وليس أحد من أصحاب النبي ﷺ إلا اختلفوا منه في الشركة، إلا علي فإنه كان لا يشرك.

(٤) لأن الأب لما سقط حكمه صاروا بني أم معا. قال النووي: هذا هو المشهور والمذهب، وبه قطع الأصحاب. ينظر: الأم للشافعي (٤/٩١)، والشرح الكبير (٦/٤٦٧)، وروضة الطالبين (٦/١٤).

(٥) أخرجه البخاري (٦٧٣٢)، ومسلم (١٦١٥).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٨٨)، والتجريد (٨/٣٩٦٨).

ولأنه حمل على ذوي السهام في سهامهم ولا فضل فلا يأخذ.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من كان فيه معنيان تصح الوراثة لكل واحدٍ منهما على الانفراد فإذا حُرم نصيبه بأحدها شارك شركاه بالمعنى الآخر، ولما قال: الإخوة من الأب والأم: هب أبانا حمارًا، ألسنا من أم واحدة؟ أشرك بينهم عمر، وهذا إشارة إلى هذا المعنى.

۞ **قِيلَ**: الأخ من الأب والأم عصبة محض لا يستحق بالفرض بحال[1]؛ بدليل أنه لو خلف أخًا لأب وأم وأخًا لأب، فإن جميع المال للأخ من الأب والأم، والأخ من الأب يقول: أبونا واحد وفضلتني بالأم ولا يستحق بالأم أكثر من السدس فخذ السدس وشاركني في الباقي، ولا يلتفت إلى هذا، ولا تُفرد جهة الفرض عن جهة التعصيب، ولو خلفت المرأة زوجًا وأمًا وأخًا لأم وعشرين أخًا لأب وأم فللأخ من الأم السدس، وللإخوة من الأب والأم السدس، ولا يقال: هب أباهم كان حمارًا فيشرك بينهم، لاستوائهم في الإدلاء بالأم.

|٧٨٣| **مَسْأَلَةٌ:** القربى من الجدات تحجب البعدى من أي جهة كنّ.

**وقال:** القربى من الجدات من قبل الأب لا تحجب البعدى من قبل الأم[2].

وهو قول زيد[3]، وقولنا قول علي[4].

---

(١) ينظر: التجريد (٣٩٧١/٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١٢/٨)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٥٢).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٩٠).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٩٠)، والبيهقي (١٢٣٥٩).

لأن كل واحدة تدلي بالولاد فالقربىٰ أولىٰ ، كالجد وأب الجد ، وكالقربىٰ من قبل الأم تحجب البعدىٰ من قبل الأب ، والقربىٰ من كل جهة تحجب البعدىٰ من قِبلها[1] .

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الأب لا يحجب الجدة من قبل الأم ، فمن يدلي بها لا يحجبها ، والأم تحجب الجدة من قبل الأب ، فمن يدلي بها يحجبها[2] .

❁ **قِيلَ**: الجد يحجب ابن الأخ ، ومن يدلي بالجد وهو العم لا يحجبه ، والولد يرد الأم من الثلث إلىٰ السدس ، وكذلك الاثنان من الإخوة والأخوات ، ولا ينقصون الجدة التي تدلي بالأم من السدس[3] .

| ٧٨٤ | **مَسْأَلَةٌ**: المجوسي إذا تزوج ابنته فولدت ابنًا فإن هذه المرأة أمة وأخته من أبيه فترث بالجهتين جميعًا[4] .

**وقال**: ترث بأثبت النسبين ولا ترث بالأخوة[5] .

لأن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها»[6] ، وقد اجتمع فيه جهتان يستحق لكل واحدٍ منهما سهمًا مفروضًا فاستحق الفرضين ؛ لأن القرابتين لو كانتا في شخصين ورثا فكذلك إذا كانتا في شخص واحد وجب أن يرث بكل واحدٍ

(١) ينظر: التجريد (٨/٣٩٤٢) ، والمبسوط (٢٩/١٦٨) .
(٢) ينظر: المهذب (٢/٤١٠) ، وكفاية النبيه (١٢/٤٩١)
(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٩٤٣) .
(٤) ينظر: المبسوط (٣٠/٣٣) و(٢٩/١٧١) ، والتجريد (٨/٣٩٧٥) .
(٥) ينظر: المهذب (٢/٤١٥) ، والبيان للعمراني (٩/٦٨) .
(٦) تقدم تخريجه .

منهما، كابني عم أحدهما أخ لأم أو زوج.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الوارث لا يجمع له فرضين مقدرين في المواريث(١)؛ دليله الأخت لأب وأم لا تعطى السدس لأنها أخت لأم، والسدس لأنها أخت لأب.

۞ **قِيلَ**: القرابة واحدة وهي الأخوة كلها، لكنها تجمع طرفين، فأُعطي بذلك القرابة؛ بدليل أنه لا يعطيه بأقوى القرابتين، وهي جهة الأب؛ بدليل أنه لو خلف أختًا لأب وأم وأخًا لأب لم يكن المال بينهما أثلاثًا، وكان للأخت النصف بالفرض، ومع الأخ لأب وأم يكون عصبة، وقرابة الأخوة بنسب هي قرابة الأمومية، وقد حصلا فورث بهما، ولا يعتبر الصحة والفساد فيه، كما لو جاءت بولد من نكاح فاسد فإنه يرث(٢).

|٧٨٥| **مَسْأَلَةٌ**: **العادل إذا قتل الباغي ورثه**(٣).

**وعلى أحد قوليه: لا يرثه**(٤).

لأن هذا قتل بحق فلا يحرم الإرث، كما لو قتله قصاصًا أو رجمًا، أو الإمام قتل مورثه بإقراره بالزنا وهو محصن أو بالشهادة.

ولأنه قتل مباح فأشبه المداواة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «لا يرث القاتل»(٥).

---

(١) ينظر: المهذب (٢/٤١٥)، والبيان للعمراني (٩/٦٨).

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٧٩).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٩٣٨)، والمبسوط (٣٠/٤٧).

(٤) ينظر: المهذب (٢/٤٠٧)، والحاوي الكبير (١٣/٧٠).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٧٠)، والشرح الكبير (٦/٥١٥)، والحديث قد تقدم تخريجه.

۞ **قِيلَ**: جعل حرمان الإرث عقوبة لفعله، وليردع به عن القتل، وهو لا يعاقب ولا يمنع منه، فلم يكن الخبر وارداً فيه[1].

وقوله: «العادل أبيح له قتال الباغي ولم يُبح له قتله إلا من ضرورة، وهو متهم في قوله اضطررت» لا معنىٰ له؛ لأنه إذا أبيح له قتاله فقد أبيح له قتله، وظاهر الحال يجوز القتل ولا تهمة.

|٧٨٦| **مَسْأَلَةٌ:** الصبي والمجنون إذا قتلا لم يحرما الإرث[2].

**وقال:** لا يرثان إذا لم يورث قاتل الخطأ[3].

لما روي أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتىٰ يحتلم، وعن المجنون حتىٰ يفيق، وعن النائم حتىٰ ينتبه».

ولأنه ضامن للنفس غير قاتل؛ بدليل أنه لا يجوز تعليق القصاص والمأثم بفعله فلا يحرم الإرث، كالعاقلة.

۞ **فَإِنْ قِيلَ**: ما أوجب الدية أوجب حرمان الإرث، كقتل الخطأ والعمد من البالغ[4].

۞ **قِيلَ**: لا اعتبار بهذا المعنىٰ؛ لأن من أسلم في دار الحرب إذا قتل مورثه حرم الإرث ولا دية، علىٰ أن حرمان الإرث إسقاط حق له بفعله، وفعل الصبي

(١) ينظر: التجريد (٨/٣٩٣٩).

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٣٥)، والمبسوط (٣٠/٤٨).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٧/٣٤٧)، والحاوي الكبير (١٣/٧٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٧١).

لا يؤثر في إسقاط حقه ؛ بدليل إبرائه ، على أن حرمان الإرث عقوبة ، والصبي لا يُعاقب على قتله ؛ بدليل أنه لا يقتل بحال.

❊ فَإِنْ قِيلَ: لو كان عقوبة لسقط بالشبهة عن المخطئ.

❁ قِيلَ: سمى الله تعالى جزاء الصيد: ﴿وَبَالَ أَمْرِهِۦ﴾ [المائدة: ٩٥] وهو العقوبة ، ويجب على المخطئ ، فدل على أن العقوبة تجب عليه ؛ إذ يجوز أن يكون عامدًا أو منتبهًا ، فيُظهر أنه مخطئ أو نائم ، وهو في تلك الحال لا يزال عنه التكليف ، فإذا كان منهيًّا عن القتل في الجملة ومأمورًا باجتناب التفريط الذي يؤدي إلى القتل جاز أن يكون معاقبًا بهذا النوع ، ولا يُعاقب بالقتل لعدم كمال الجناية والقصد منه[(١)].

|٧٨٧| مَسْأَلَةٌ: حافر البئر لا يحرم الإرث[(٢)].

وقال: يحرم إذا لم يُورث قاتل الخطأ[(٣)].

لأنه ضامن للنفس غير قاتل فأشبه العاقلة ؛ يدل على أنه غير قاتل أنه لم يكن منه حال التلف فعل ، ولا اتصل فعله بموته ، ولو كان قتلًا لم يختلف بملكه وغير ملكه ، ويجب عليه هذا الضمان بعد موته إذا وقع في البئر إنسان ، ويستحيل أن يكون قاتلًا في تلك الحال ، ولا يتعلق بجنس هذا الفعل قصاص بحال ، وإنما يجب الضمان فيه لأنه تعدى في السبب وأدى إلى التلف فضمن[(٤)].

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٨/٣٠)، والاختيار لتعليل المختار (١١٦/٥).

(٢) حافر البئر وواضع الحجر لا يحرم من الميراث. ينظر: التجريد (٣٩٤٠/٨)، والمبسوط (٤٧/٣٠).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨٦/٨)، روضة الطالبين (٣١/٦).

(٤) ينظر: التجريد (٣٩٤١/٨)، المبسوط (٤٨/٣٠).

|٧٨٨| **مَسْأَلَةٌ:** ما اكتسبه المرتد قبل ردته فهو ميراث للمسلمين إذا قتل، وما اكتسبه حال الردة فهو فيء في قول أبي حنيفة[١].

**وقال:** الجميع لبيت مال المسلمين[٢].

مستورد العجلي[٣] ارتد عن الإسلام فأُتي به عليٌّ فعرض عليه الإسلام فأبىٰ، فضرب عنقه، وجعل ميراثه لورثته المسلمين[٤].

وقال ابن مسعود: «إذا مات المرتد ورثه ولده»[٥]، ومن ادعىٰ أن زيدًا[٦] خالف فلا بد من نقل مذهبه لينظر فيه[٧].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٧٧)، والتجريد (٨/٣٩٥٨).
وقال أبو يوسف ومحمد: لورثته. ينظر: الأصل للشيباني (٧/٥١٢)، والتجريد (٨/٣٩٥٨).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٧/٣٨٣)، والحاوي الكبير (٨/١٤٥).

(٣) كتب في حاشية الأصل: «العجلاني»، وهو: المستورد بن مشمت بن مرة بن كعب بن عدنة، كان مسلما فتنصر فأتىٰ به علي بن أبي طالب فقتله. ينظر: الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنىٰ والأنساب (٦/١٦٧).

(٤) أخرجه اللبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٤٦١) من طريق الأعمش، عن أبي عمرو الشيباني، عن علي، فذكره. وقال البيهقي: «بلغني عن أحمد بن حنبل، أنه كان يضعف حديث علي في ذلك». ينظر: معرفة السنن والآثار (٩/١٤٤).

(٥) أخرجه الدارمي رقم (٣١١٦). قال البيهقي السنن الكبرىٰ (٦/٤١٧): «هذا منقطع، القاسم لم يدرك جده».

(٦) قال الشافعي: قد روي أن معاوية كتب إلىٰ ابن عباس وزيد بن ثابت يسألهما عن ميراث المرتد، فقالا: لبيت المال. قال الشافعي: يعنيان أنه فيء. وروي عن زيد بن ثابت ما يخالف ذلك. وعنه قال: أرسلني أبو بكر إلىٰ أهل الردة لأقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين. ينظر: الأم للشافعي (٦/١٨٤)، ومعرفة السنن والآثار (٩/١٤٥)، رقم (١٢٦٤٥)، والتجريد (٨/٣٩٥٨).

(٧) ينظر: الاستذكار (٥/٣٦٩)، والتمهيد (٥/٣٢٠).

وما روي عن علي أنه قال: «ميراث المرتد في بيت المال»[(1)][(2)] محمول على من لا وارث له إن صح.

ولأن الردة سبب يزيل العصمة ويسقط الذمة فصار كالموت، ولو مات في تلك الحال ورثه ورثته المسلمون، كذلك هذا.

ولا نورث مسلمًا من كافر؛ لأنا نزيل ملكه في آخر إسلامه فنورث مسلمًا من مسلم، وما اكتسبه بعد الردة فهو مال كافر يملكه حال كفره فلا يرثه المسلم[(3)].

ولأن سائر المسلمين يدلون بسبب واحد وهو الإسلام، وورثته تدلي بسببين فهو أولى، كالأخ من الأب والأم يكون أولى من الأخ من الأب.

ولأنه استُحق قتله بجناية تطلب بها ديته، فصار كالمقتول قصاصًا ورجمًا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لا يخلو إما أن يأخذ ماله ورثته إرثًا بموته وهذا توريث مسلم من كافر، أو يأخذونه بكفره وزوال العصمة عن ماله به وهذا لا يجوز؛ لأن ما يستحق بالكفر يكون فيئًا.

❁ **قِيلَ**: كفر الكافر الأصلي لا يوجب سقوط ذمته وزوال ملكه، والارتداد

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأخرج سعيد بن منصور (٣١١)، والدارمي (٣١١٧) عن الأعمش، عن أبي عمرو الشيباني قال: أتي علي بالمستورد العجلي ارتد عن الإسلام فعرض عليه الإسلام فأبى، فضرب عنقه وجعل ميراثه لورثته من المسلمين، قال سعيد: ليس هذا الحديث عند أحد إلا عند أبي معاوية، وأخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٠٣٥).

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٦٠).

(٣) ما اكتسبه المرتد في حال ردته فلبيت المال؛ لأنه اكتسبه في حال إباحة دمه، فلم يثبت له فيه ملك صحيح، فصار بمنزلة الحربي لما كان مباح الدم، لم يكن له ملك صحيح، وكان ماله لبيت المال، كذلك كسب المرتد. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٧٧).

يوجب؛ لأنه استفاد العصمة بالإسلام، فزواله يوجب زوال العصمة[1]، فيرثه المسلمون على ما ذكرنا، والمرتد تجري عليه أحكام المسلمين ما أمكن؛ بدليل أنه لا يخلى يبيع الخمر والخنزير، ولا يرثه ورثته الكفار، فورثته المسلمون يرثونه[2].

❊ فَإِنْ قِيلَ: كل مالك أقر ما في يده بحكم الملك لو عاد إلى الإسلام فهو إذا مات على الردة صُرف إلى بيت المال؛ دليله المكتسب حال الردة.

❁ قِيلَ: ذاك المال موقوف إن أسلم ملكّناه، وإن قتل لم يملكه أصلًا، وجعلناه مالًا لا مالك له فهو لبيت المال.

|٧٨٩| مَسْأَلَةٌ: المرتد يزول ملكه بردته في رواية عن أبي حنيفة[3].

وقال: يقف على إسلامه أو موته[4].

لأن النبي ﷺ جعل عصمة الدم والمال بالإسلام بقوله: «فإذا قالوها

---

(١) حكم المال في العصمة كالدم، لقول النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها». فعلق عصمة المال بالمعني الذي علق به عصمة الدم، فإذا زالت عصمة دمه، زالت عصمة ماله. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٣٧/٦).

(٢) ينظر: التجريد (٣٩٦٤/٨).

(٣) يزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى فإن أسلم عادت إلى حالها وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئًا. وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لورثته. ينظر: بداية المبتدي (ص: ١٢٢)، والعناية شرح الهداية (٧٣/٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١٨/١٨)، ونهاية المطلب (٤٩/١٧).

عصموا مني دماءهم وأموالهم»[1]، ثم تزول عصمة الدم بالردة، فكذلك يجب أن تزول عصمة المال.

ولأنه يؤثر في إزالة ملك الاستباحة على الجملة فجاز أن يؤثر في إزالة ملك اليمين كالموت، وما اكتسبه في حال الردة لا يحكم بأنه ملك على الحقيقة حتى يُسلم، ألا ترى أنه لو قُتل كان فيئًا ولم يكن ميراثًا عند أبي حنيفة[2]؟

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو زال ملكه لم يعد.

❁ **قِيلَ**: ما يزول بغير عوض لم نمنع عوده فيما يلحقه الفسخ مثل الهبة، وكذلك لو صار عصيره خمرًا ثم صار خلًا، وكذلك لو ماتت شاته ثم دبغ جلدها[3].

|٧٩٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا عقد عقد الموالاة ورث به إذا لم يكن للميت وارث غيره[4].

**وقال:** لا يرث[5].

أبو الأشعث سأل عمر عن رجل أسلم على يديه ووالاه فمات وترك مالًا

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٦٠٦)، وأصله في الصحيحين، فأخرجه البخاري (٧٢٨٤)، ومسلم (٢١).

(٢) إن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لورثته، وقال الشافعي ﵀ كلاهما فيء لأنه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٤٠٧).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٣٩٦٧).

(٤) ينظر: التجريد (٨/٣٩٨٢)، والمبسوط (٨/٩١).

(٥) ينظر: البيان للعمراني (٩/١٥)، والمجموع شرح المهذب (١٦/٥٦).

فقال: ميراثه لك[1].

مسروق: أن رجلًا من أهل الأرض والىٰ ابن عم له وأسلم علىٰ يديه فمات وترك مالًا، فسئل ابن مسعود عن ذلك فقال: ماله لمولاه[2].

روي أن رجلًا أتىٰ عليًا ليواليه فأبىٰ علي فأتىٰ العباس فوالاه[3].

ولأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]، وقوله: فآتوا، خطاب عام، فوجب علىٰ من في يده ماله أن يُؤتىٰ منه نصيب الذي عاقده، ونصيبه ما جعل له[4].

وروي أن هذه الآية نزلت في إيجاب المواريث بالحلف والمعاقدة دون الأنساب إلىٰ أن أنزل الله تعالىٰ قوله: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥]، فقدم أولوا الرحم علىٰ الحليف[5]، فإذا لم يكن ذوا نسب كان المال للحليف، كالابن يقدم علىٰ ابنه، فإذا لم يكن ابن فالمال لابن الابن.

روىٰ تميم الداري أن النبي ﷺ قال في الرجل يسلم علىٰ يدي الرجل: «إنه أولى الناس بمحياه ومماته»[6]، وخص من أسلم ولم يعاقد بدليل، فمن أسلم وعاقد فهو على ظاهره، وكذلك الاستدلال بما روى أبو أمامة: أن النبي ﷺ قال:

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢٣٦).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢٣٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢٣٧).

(٤) ينظر: التجريد (٣٩٨٣/٨)، والمبسوط (٩١/٨).

(٥) ينظر: تفسير الطبري (٦٧٥/٦).

(٦) أخرجه أحمد (١٦٩٤٤)، وأبو داود (٢٩١٨)، والترمذي (٢١١٢). قال البخاري: «واختلفوا في صحة هذا الخبر». ينظر: صحيح البخاري (١٥٥/٨). وقال الترمذي: «هو عندي ليس بمتصل».

«من أسلم علىٰ يدي رجل فله ولاؤه»[١].

ولأن الذي يورث به قرابة وعقد تم بالقرابة، يستحق الفرض مرة وجميع المال أخرىٰ، كذلك العقد وجب أن يُستحق به الفرض مرة كفرض الزوج وجميع المال أخرىٰ كالمعاقدة.

ولأنه أحد نوعي الولاء فأشبه العتق، وقد بينا أنه إذا لم يكن له وارث جاز له أن يوصي بجميع ماله[٢]، فكذلك له أن يوجبه بهذا العقد، ويجوز الرجوع عنه ما لم يتصل بغيره وهو بالعقد كما يجوز الرجوع عن الوصية.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «إنما الولاء لمن أعتق»[٣].

❁ **قِيلَ**: هذا لا ينفي غيره، كقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌ﴾ [الرعد: ٧][٤]، علىٰ أن ولاء العتق يختص بمن أعتق.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: من لم يكن عصبة في حيازة بقية المال عن أصحاب الفرائض لم يكن عصبة عند الانفراد بالمال، كمن أسلم علىٰ يديه ولم يواله[٥].

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٧٧٨١)، والدارقطني (٤٣٨٦). قال الدارقطني: «الصدفي ضعيف».

(٢) ينظر: التجريد (٨/٣٩٨٤)، والمبسوط (٢٩/١٨).

(٣) ينظر: البيان للعمراني (٩/١٥)، والمجموع شرح المهذب (١٦/٥٧).
والحديث أخرجه البخاري (٢١٥٦)، ومسلم (١٥٠٤).

(٤) المراد حصره في النذارة لمن لا يؤمن وإن كان ظاهره الحصر فيها لأن له صفات غير ذلك. أو يقتضي تأكيد المذكور بطريق الكمال. ينظر: البناية شرح الهداية (١١/٢٨١)، وعمدة القاري شرح صحيح البخاري (١/٢٦).

(٥) قال أبو حنيفة: إذا أسلم علىٰ يديه ولم يواله لم يعقل عنه ولم يرثه. وهذا قول أبي يوسف ومحمد. ينظر: الأصل للشيباني (٦/٣٧١)، والمبسوط (٨/٩١).

۞ **قِيلَ**: النسب آكد فوجب تقديمه[1] ، فإذا خرج المال عن حق الوارث كان له أن يتصرف فيه كيف شاء، كالثلث الخارج عن حقهم، وإنما يوضع في بيت المال ما لا يُعرف له مستحق بعينه، وقد تعين من يستحقه فلا يصرف إلى بيت المال[2] ، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) ولاء العتق لا يورث به مع وجود عصبته من النسب، ويورث به إذا انفرد. ينظر: التجريد (٨/٣٩٨٥).

(٢) ينظر: المبسوط (٣٠/٤٣).

# كتَابُ قِسْمَة الغنَائم

|٧٩١| للفارس سهمان من الغنيمة في قول أبي حنيفة(١).

**وقال:** له ثلاثة أسهم(٢).

ابن عمر: أن النبي ﷺ أعطىٰ للفارس سهمين: سهمًا له وسهمًا لفرسه(٣).

المقداد: أن رسول الله ﷺ أسهم له يوم بدر سهمًا ولفرسه سهمًا(٤).

علي قال: للفارس سهمان وللراجل سهم(٥).

في السنن: أن النبي ﷺ قسم خيبر علىٰ ثمانية عشر سهمًا، وكان الناس ألف وخمسمائة، منهم ثلاثمائة فارس، فدل علىٰ أنه أعطىٰ الفارس سهمين(٦).

ولأن القياس أن لا يُستحق بالآلة شيء كالرمح والسيف قامت الدلالة أنه يستحق بالفرس سهم، فما زاد يبقىٰ علىٰ القياس، وحكم الآلة دون حكم الرجل؛ بدليل أن الرجل يستحق من غير آلة، والآلة لا يستحق بها دون المستعمِل، ولا يزاد للرجل علىٰ سهم فالآلة أولىٰ.

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (١٧٨/٢)، والتجريد (٤١٤١/٨).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٩٨/٢)، والحاوي الكبير (٤١٥/٨).

(٣) أخرجه مسلم (١٧٦٢).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦١٤)، والدارقطني (٤١٦٩). قال الهيثمي في المجمع (٩٧٦٣): «رواه الطبراني، وفيه الواقدي، وهو ضعيف».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٨٥٩)، وقال الزيلعي: «غريب جدا». ينظر: نصب الراية (٤١٧/٣).

(٦) أخرجه أحمد (١٥٤٧٠)، وأبو داود (٢٧٣٦)، قال ابن عبد الهادي: «هذا الحديث انفرد به أبو داود، وإسناده جيد». ينظر: تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٣٠٩٠).

ولأنه شخص يستحق السهم به فلا يزاد له علىٰ سهم كالرجل.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روىٰ ابن عمر: أن النبي ﷺ أعطىٰ الفارس ثلاثة أسهم: سهمين لفرسه وسهمًا له[1].

۞ **قِيلَ**: كان النبي ﷺ يُعطي الزيادة علىٰ وجه النفل، ولم يكن يمنع ذا حق حقه، فما رويناه هو المستحق، وما روي من زيادة فهي نفل[2]، كما روي أنه أعطىٰ سلمة بن الأكوع سهم فارس وكان راجلًا، وأعطىٰ أبا قتادة سهم فارسين، وقال: «خير فرساننا أبو قتادة، وخير رجّالتنا سلمة بن الأكوع»[3].

وروي أن النبي ﷺ أعطىٰ الزبير أربعة أسهم[4]، وذكر فيه وسهمًا لأمه، ولم يكن ذلك واجبًا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: مؤونة الفرس أكبر، فجاز أن يُزاد في سهمه[5].

۞ **قِيلَ**: ذلك يختلف قد يزيد وقد ينقص، علىٰ أنه لا اعتبار بالمؤنة؛ لأنه لو كان معه أفراس لم يسهم إلا لواحد، ولا يُسهم للبغل، والحر والعبد في المؤنة سواء، ولا يستويان في السهم[6].

---

(١) ينظر: الأم للشافعي (٢/٩٨)، والحاوي الكبير (٨/٤١٥).
والحديث أخرجه عبد الرزاق (٩٣٢٠)، وابن أبي شيبة (٣٣٨٤٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١١٥)، والبناية شرح الهداية (٧/١٧٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٨٠٧).

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٣٨٢)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٨٧٧). قال ابن التركماني: «حدث مكحول عن النبي ﷺ مرسلا» فذكره. ينظر: الجوهر النقي (٦/٣٢٨). وضعفه ابن الملقن. ينظر: البدر المنير (٧/٣٥١).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤١٦)، والبيان للعمراني (١٢/٢١٠).

(٦) ينظر: المبسوط (١٠/٤١)، والجوهرة النيرة (٢/٢٦٧).

|٧٩٢| **مَسْأَلَةٌ:** من دخل دار الحرب فارسًا ثم نفقت دابته استحق سهم فارس[١].

**وقال:** يستحق سهم راجل[٢].

لأن أول الحرب دخول دار الحرب؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم﴾ [التوبة: ١٢٠]، فجعل وطي موطئ يغيظ الكفار كالنيل منهم.

ولأنه أول الغلبة على دارهم بالوقعة التي هي أول الغلبة على أموالهم، ولو وقف بإزاء العدو ثم نفقت دابته استحق سهم فارس، كذلك هذا[٣].

ولأنه أوجف على بلاد العدو مجاهدًا بفرس فاستحق سهم فارس، كما لو شهد الوقعة.

ولا يلزم من باع فرسه[٤]؛ لأن الحسن روى عن أبي حنيفة: أنه يستحق سهم فارس، وعلى الرواية الثانية: قد استحق ثم أبطل ما استحقه[٥].

ومن دخل دار الحرب راجلًا ثم اشترى فرسًا، فعلى إحدى الروايتين يستحق سهم راجل[٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تلف ما يُستحق به قبل شهود الوقعة يمنع من استحقاق السهم

(١) ينظر: التجريد (٨/٤١٤٨)، والمبسوط (١٠/٤٢).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٧/٣٥٧)، ونهاية المطلب (١١/٤٨١).
(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/١٣٠).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/١٢٨).
(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/١٣٢).
(٦) ينظر: التجريد (٨/٤١٤٨)، والمبسوط (١٠/٤٤).

به، كالرجل إذا مات[١].

۞ قِيلَ: لو مات الرجل بعد حضور الوقعة أو قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام لم يُسهم له ويسهم للفرس في هذه الحالة فافترقا، على أنه في الرجل وجد سبب الاستحقاق وبطل المستحق قبل أن يتم له فلم يُسهم، والرجل يستحق بفرسه فجاز أن يُسهم، وإذا نفقت الدابة قبل دخول دار الحرب فلم يدخل دار الحرب فارسًا؛ فلذلك لا يستحق سهم الفارس[٢].

|٧٩٣| **مَسْأَلَةٌ:** تاجر العسكر إذا قاتل استحق السهم[٣]، وكذلك أجير الرجل إذا قاتل وترك خدمة صاحبه استحق السهم، وبطل أجره حال القتال[٤]، وكذلك الأسير مع المسلمين إذا رجع إلينا وقاتل مع المسلمين فإنه يستحق السهم[٥].

**وعلى أحد قوليه:** لا يُسهم لهؤلاء، وإنما من صحح لهم[٦].

لأنه حق مسلم شهد القتال وهو من أهله فاستحق السهم كالغازي[٧]، والأجير إذا ترك خدمة صاحبه فقد سلم نفسه في هذه الجهة فسقط أجره واستحق

(١) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٥٣)، والحاوي الكبير (٨/٤٢١).
(٢) ينظر: التجريد (٨/٤١٦٥)، والمبسوط (١٠/٤٣).
(٣) ينظر: التجريد (٨/٤١٥٨)، والمبسوط (١٠/٤٦).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٢٦)، والاختيار لتعليل المختار (٤/١٣١).
(٥) ينظر: التجريد (٨/٤١٥٨)، والمبسوط (١٠/٤٦).
(٦) ينظر: الأم للشافعي (٧/٣٦٣)، والحاوي الكبير (٨/٤٢٣).
(٧) ينظر: التجريد (٨/٤١٥٤)، والمبسوط (١٠/٤٦).

السهم، كما لو لم يكن أجيرًا[١].

❊ فَإِنْ قِيلَ: إنهم في الظاهر حضروا لغير القتال فلم يصيروا من أهل القتال إلا بتحصيل القتال كالعبد[٢]، وإذا أظل قرية من قرى المسلمين وجاهدوا فإن أهل القرية لا يُسهم لهم[٣].

❊ قِيلَ: كذلك نقول إن لم يقاتل منهم لم يستحق، ومتى تهيأ للقتال ووقف معهم في الصف وفعل ما يفعل الغزاة فهو مقاتل، وكذلك نقول في أهل القرية إذا حضروا القتال مع المقاتلة استحقوا السهم[٤].

|٧٩٤| **مَسْأَلَةٌ:** الفيء مثل الخراج، والجزية، والعشر الذي يؤخذ من أهل الحرب، وما يترك في أيديهم من القرى فيؤخذ منها الخراج، وما يؤخذ من بني تغلب الخمس[٥].

**وقال:** يخمس جميع ذلك[٦].

والذي قلناه إجماع السلف والخلف لم يقل أحد أن في الجزية الخمس غيره إلى يومنا هذا[٧]، والنبي ﷺ أخذ ..........................

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٢٦/٧)، والاختيار لتعليل المختار (١٣١/٤).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢٤/٨)، ونهاية المطلب (٤٩١/١١).
(٣) ينظر: الشرح الكبير (٣٧١/٧)، وأسنى المطالب (٩٧/٣).
(٤) ينظر: التجريد (٤١٦١/٨)، وبدائع الصنائع (١٢٦/٧).
(٥) ينظر: المبسوط (٧/١٠)، وبدائع الصنائع (٥٨/٢).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨٨/٨)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٢٣٦).
(٧) قال ابن الهمام: (قوله ـ أي: الشافعي ـ في الجزية مخالف للإجماع، قال الكرخي: ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره) ينظر: شرح فتح القدير (٢٦/٦).

الجزية[1] من أهل نجران، والجزية من مجوس هجر[2]، ولم يكن في ذلك خمس، وكذلك فعل عمر بأرض السواد لم يخمسها بحضرة الصحابة[3]، فلا يجوز مخالفتهما، وأرض السواد وإن كانت مغنومة فلم يقسمها عمر وجعلها خراجية ولم يخمسها[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧] الآية[5].

❁ **قِيلَ**: إن هذه الآية نزلت في الغنيمة ثم نسخت بقوله: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] على أن الآية لا تقتضي التخميس، وفيه النزاع، بل فيه بيان أنه يصرف إلى منافع المسلمين؛ لأن الله تعالى جعله للذين تبوؤا الدار والإيمان من قبلهم، والذين جاءوا من بعدهم من المسلمين، وبه احتج عمر؛ فوجب أن يصرف جميعه في منافع الكافة[6].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: كل مال حصل في يد المسلمين من المشركين بسبب كفرهم

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في التفسير من سننه (٥٠٠)، عن الشعبي مرسلا. وضعفه ابن حجر. ينظر: فتح الباري (٩/١٥٧).

(٢) أخرجه البخاري (٣١٥٦).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٠٢٦)، عن ابن شهاب الزهري، مرسلا.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٨٩)، وابن زنجويه في الأموال (٢١٢) عن إبراهيم التيمي، وهو مرسل؛ فإبراهيم بن يزيد التيمي لم يدرك عمر رضي الله عنه. ينظر: جامع التحصيل (ص: ١٤١).

(٥) أي: أن الغنيمة والفيء يجتمعان في أن فيهما معا الخمس من جميعهما لمن سماه الله تعالى له. ينظر: الأم للشافعي (٤/١٤٦)، والحاوي الكبير (٨/٣٨٥).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٢٨)، والتجريد (٨/٤١٠٨).

كان مُخمسًا كالغنائم(١).

﴿ قِيلَ: العشر يؤخذ منهم على طريق المكافأة، والخراج يؤخذ من المسلمين عنها، فلم يكن سببه الكفر، على أن الله تعالى خص الغنائم بإيجاب الخمس فيها فلا يوجب في هذا، ولا يخالف الإجماع مثل هذا القياس(٢).

|٧٩٥| **مَسْأَلَةٌ:** ما ذكرناه من الفيء مثل الخراج والجزية يصرف إلى منافع الكافة، فيجعل فيها أرزاق القضاة، وسد الثغور، وأرزاق المقاتلة، وإصلاح الجسور، والقناطر، وبناء المساجد، فما فضل قسمه الإمام بين المسلمين(٣).

**وعلى أحد قوليه:** أربعة أخماسه إلى المقاتلة(٤).

لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ﴾ [الحشر: ٦] إلى قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ١٠]، فجعله لكافة المسلمين، فلا تختص به المقاتلة، وكذا فعله عمر بحضرة الصحابة(٥).

|٧٩٦| **مَسْأَلَةٌ:** لا يستحق القاتل سَلَب المقتول إلا أن يجعله له الإمام(٦).

**وقال:** يستحقه إذا قتله مُقبلًا أو اثخنته جراحة لا يكون به حراك معها، قال

---

(١) ينظر: المهذب (٣/٣٠٣)، ونهاية المطلب (١١/٤٤٧).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٤٦٧)، والتجريد (٨/٤١٠٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٢٩)، والتجريد (٨/٤١٠٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٤٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٢٩)، والتجريد (٨/٤١٠٨).

(٦) ينظر: التجريد (٨/٤١١٤)، والاختيار لتعليل المختار (٤/١٣٣).

الله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، فجعله غنيمة لهم واستثنى منه الخمس فيكون الباقي لهم، كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١](١).

معاذ قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «لا يحل لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك»(٢)، وإمامه أميره الذي تلزمه طاعته؛ إذ لم يقل إلا ما طابت به نفسي(٣)، ويدل عليه أن حبيبًا لما طالب أبا عبيدة بالسلب وقال: لا تحرمني رزقًا رزقنيه الله، قال معاذ: مهلًا يا حبيب، سمعت النبي ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه»(٤).

وروي أن النبي ﷺ قيل له: لمن المغنم؟ قال: «لله سهم، ولهؤلاء أربعة أسهم» فقيل له: أحد بشيء من المغنم أحق من أحد؟ قال: «لا، حتى السهم يأخذه من جنبه فليس بأحق به من أخيه»(٥).

وروي عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال: إني لقائم يوم بدر بين غلامين

---

(١) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٥٠)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص: ٥٠٤).

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٢١٧٥). قال البيهقي: «وهذا منقطع بين مكحول ومن فوقه، وراويه عن مكحول مجهول، ولا حجة في هذا الإسناد».

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٥٦)، والتجريد (٨/٤١١٥).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٣٥٣٣)، وفي المعجم الأوسط (٦٧٣٩)، قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن مكحول إلا موسى بن يسار، تفرد به: عمرو بن واقد، ولا يروى عن معاذ وحبيب بن مسلمة إلا بهذا الإسناد». وقال الهيثمي في المجمع (٩٦٩٧): «رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه عمرو بن واقد وهو متروك».

(٥) أخرجه أبو يعلى في المسند (٧١٧٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٤٢٠)، وقال ابن القطان: هذا مرسل. ينظر: بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام (٢/٦٠٥)، وقال الهيثمي في المجمع (١٤٣): «رواه أبو يعلى، وإسناده صحيح».

حديث أسنانهما، فغمزني أحدهما، وقال: يا عم أتعرف أبا جهل؟ قلت: وما حاجتك إليه يا ابن أخي، قال: أُخبرت أنه سب رسول الله ﷺ، والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يُفارق سوادي سواده حتىٰ يموت الأعجل منا، وغمزني الآخر فقال مثلها، فلم ألبث أن نظرت إلىٰ أبي جهل فقلت: ألا تريان؟ هذا صاحبكما الذي تسألان عنه، فابتدراه فضرباه بسيفيهما ثم قتلاه، ثم أتيا رسول الله ﷺ فأخبراه، فقال: «أيكما قتله؟» فقال كل واحدٍ منهما أنا قتلته، فقال ﷺ: «أمسحتما سيفيكما؟» قالا: لا، فنظر إلىٰ السيفين فقال: «كلاكما قتله»، وقضىٰ بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، وكان أحدهما ابن عمر[1]، والآخر معاذ بن عفراء[2].

ولأنه مال مأخوذ بالقهر والغلبة فلا يختص به أحد دون إذن الإمام، كما لو قتله مدبرًا، وكذلك مال المقتول سوىٰ سلبه[3].

ولأنه لو استحقه القاتل لكان لقطة إذا لم يُعرف قاتله، ولو جعل لقطة لظهر ذلك مع كثرة وجوده في زمن النبي ﷺ والصحابة[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ قال: «من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه»[5].

۞ **قِيلَ**: يجوز أن يكون النبي ﷺ قاله في حرب تحريضًا علىٰ القتال لما

---

(١) هكذا في الأصل، ولعله يعني: معاذ بن عمرو بن الجموح، فاختصره ونسبه إلىٰ أبيه، ففي رواية مسلم (١٧٥٢)، «والرجلان معاذ بن عمرو بن الجموح، ومعاذ بن عفراء».

(٢) أخرجه البخاري (٣١٤١)، ومسلم (١٧٥٢).

(٣) ينظر: التجريد (٨/٤١٢٥)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/٢٥٨).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٦٣).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٤٩)، والحاوي الكبير (٨/٣٩٣).
والحديث أخرجه البخاري (٣١٤٢)، ومسلم (٢).

رآه من المصلحة، يدل عليه ما روي عن معاذ أن النبي ﷺ قال ذلك في غزوة واحدة يوم خيبر، وسمعت النبي ﷺ يقول: ذلك إلى الإمام إن شاء فعل، وإن شاء منع[١].

وروى سالم بن عبد الله عن أبيه أنه قال: لقينا العدو مع النبي ﷺ فطعنت رجلًا فقتلته فنفلني رسول الله ﷺ سلبه[٢]، فدل على أنه يستحق بالتنفيل، وهذا كما روي أن النبي ﷺ قال: «من أتى بمولٍ فله سلبه»[٣]، وهو يُضمر في الخبر الإقبال ونحن نضمر الإذن فاستوينا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ما خص به مع المقاتلة مع حضور جميعهم الوقعة من جملة المال، فلا يتعلق ذلك بشرط الإمام، كتفضيل الفارس على الراجل[٤].

❁ **قِيلَ**: لم يخص به القاتل، فإن كان يعني ما ورد به الخبر أو أن للإمام أن يُنفله فذلك باطل[٥] بما روينا أن النبي ﷺ قال: «من أتى بمولٍ فله سلبه».

والإمام لو بعث سرية من العسكر فشرط لهم ثلث ما يصيبونه أو ربعه يختصون به من بين العسكر جاز، ولا يستحق من غير شرط الإمام[٦].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٥٩)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٩٧)، والحديث لم أقف عليه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (١٢٧٦٧)، قال البيهقي: «وهذا غريب بهذا الإسناد، وقد روي من وجه آخر ضعيف».

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٨٥٨)، وقال البيهقي: «وهذا إسناد فيه من يجهل حاله». ينظر: معرفة السنن والآثار (٩/٢٤٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٠٢)، بحر المذهب (٦/٢٣٩).

(٥) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٤٤٤)، والتجريد (٨/٤١٢٥).

(٦) ينظر: التجريد (٨/٤١٢٥)، والنتف في الفتاوى للسغدي (٢/٧٢٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: إنما يحصل لهم الربع من خمس الخمس الذي جعل للإمام، فأما الأربعة الأخماس التي للغانمين فلم تفوض إلىٰ اجتهاد الإمام، فلو لم يكن يستحقه بقتله لم يجعله الإمام له[(١)].

❊ **قِيلَ**: إذا جعل السلب له ثم ثبت حق الغانمين فيه فلم يكن قاطعًا حقهم، ويبطل هذا بالتنفيل، وبيت المال له أن يفضل بعضهم علىٰ بعض[(٢)].

|٧٩٧| **مَسْأَلَةٌ**: إذا جعل مالًا لواجد سلب أو ما اقتاته لم يخمس[(٣)].

**وعلىٰ أحد قوليه: يخمس**[(٤)].

روي أن النبي ﷺ قال: «من أخذ شيئًا فهو له»[(٥)] فوجب أن يكون جميعه له[(٦)].

ولأن بذله الإمام قد صح واستحقه الآخذ فانقطع حق غيره عنه كما يقطع حق الغانمين[(٧)].

(١) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٥١)، والحاوي الكبير (٨/٤٠٢).
(٢) ينظر: الجوهرة النيرة (٢/٢٦٦)، والبناية شرح الهداية (٧/١٨١).
(٣) ينظر: التجريد (٨/٤١٢٦)، والمبسوط (١٠/٤٩).
(٤) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٥١)، والشرح الكبير (١١/٤٨١).
(٥) أخرجه أحمد (١٥٣٩)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢٨١٩). قال الهيثمي في المجمع (٩٩٣٨): «رواه أحمد، ورواه ابنه عنه وجادة، ووصله عن غير أبيه، ورواه البزار، وفيه المجالد بن سعيد، وهو ضعيف عند الجمهور، ووثقه النسائي في رواية، وبقية رجال أحمد رجال الصحيح».
(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٥٧)، والاختيار لتعليل المختار (٤/١٣٣).
(٧) ينظر: التجريد (٨/٤١٢٦)، والمبسوط (١٠/٤٩).

|٧٩٨| **مَسْأَلَةٌ:** لا يمن على الأسرى فيخلى سبيلهم، ولا يفاديهم بمال ولا أسير في قول أبي حنيفة، فمن كان منهم من غير العرب أو من العرب الذين يدينون باليهودية أو النصرانية فالإمام فيهم بالخيار بين القتل والاسترقاق، وإن كانوا من العرب من عبدة الأوثان فلا نقبل منهم إلا الإسلام أو القتل(١).

**وقال:** له أن يُمنّ عليهم أو يفديهم.

لأن الله تعالى قال: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فلا يخلى عنهم إلا بهذا الشرط(٢).

ولأن في ردهم إعانة الكافر على المسلم لأنهم حرباً لنا فلم يفعل، كما لا يجوز بيع الأسلحة منهم وردها عليهم، ولا يكون للإمام فيه اجتهاد، كما لا يكون ذلك في رد الأسلحة(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤](٤).

❊ **قِيلَ**: قال السُدي وابن جريج: هذا منسوخ(٥)، وقال ابن عباس: نزل قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] بعد هذه الآية(٦)، ونحن نجوز نسخ

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣٠٢/٣)، وبدائع الصنائع (١١٩/٧).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (١٥١/٤)، والشرح الكبير (٤٨١/١١).
(٣) ينظر: البحر الرائق (٩٠/٥)، والاختيار لتعليل المختار (١٢٥/٤).
(٤) ينظر: الأم للشافعي (١٨٧/٤)، والحاوي الكبير (٤١٠/٨).
(٥) ينظر: الناسخ والمنسوخ للقاسم بن سلام (٢٠٩/١)، والناسخ والمنسوخ للنحاس (ص: ٤٩٣).
(٦) ينظر: الناسخ والمنسوخ للقاسم بن سلام (٢٠٩/١)، والناسخ والمنسوخ للنحاس (ص: ٤٩٣).

الخصوص بالعموم المتأخر، يدل عليه أن الآية تخييرًا بين المن والفداء فقط دون القتل والاسترقاق[١]، وبه قال الحسن، وكره قتل الأسير[٢]، وقد أجمعنا على أنه يقتل، فدل على نسخه، على أنها وردت في حرب بعينها إذ اللام للتعريف، على أنه جعل ذلك إلى غاية، وهو أن تضع الحرب أوزارها، فبعده لا يكون كذلك، وهو الظاهر فيجرى عليه[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي أن النبي ﷺ منَّ على أبي [عزَّة][٤] الجمحي، وعلى ثمامة بن أثال الحنفي[٥]، وفادى رجلين من المسلمين برجل من المشركين[٦].

❁ **قِيلَ**: روى البراء: أن آخر سورة نزلت على رسول الله كاملة سورة براءة[٧]، فصار قوله: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ناسخًا له، على أن هذا حكى به فعلًا احتمل أنه كان في الوقت الذي يجوز رد المسلمين إلى دار الشرك إذا خرجوا إلينا، كما فعل بأبي بصير، وعلى ذلك صالح النبي ﷺ سهيل بن عمرو[٨]، ثم نسخ ذلك بقوله: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] فصار هذا أيضًا

---

(١) ينظر: التجريد (٤١٣٧/٨)، والمبسوط (٢٤/١٠).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤٣٣/٧)، والمبسوط (٢٤/١٠).

(٣) ينظر: التجريد (٤١٣٧/٨)، والمبسوط (١٢٦/١٠).

(٤) في الأصل: (عذرة)، والتصويب من مصادر التخريج وكتب السير. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (١٢٨٤٠).

(٥) أخرجه البخاري (٤٦٢)، ومسلم (١٧٦٤).

(٦) ينظر: مختصر المزني (٢٤٩/٨)، والحاوي الكبير (٤١١/٨).
والحديث أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٩٢٠)، وأصله في صحيح مسلم (١٦٤١).

(٧) أخرجه البخاري (٤٣٦٤).

(٨) أخرجه البخاري (٢٧٣١).

منسوخًا فلا يصح الاحتجاج به[١].

**|٧٩٩| مَسْأَلَةٌ: أغنياء قرابة النبي ﷺ لا يستحقون من الخمس شيئًا[٢].**

**وقال: يستحقون[٣].**

لما روي أن الخلفاء الراشدين لم يعطوا من سهم ذوي القربى الأغنياء منهم[٤]، وروي عن ابن عباس: أن عمر عرض علينا الخمس ليقضي منه مغرمنا، وينكح منه أُيّمنا، فأبينا إلا أن يدفع ذلك إلينا، فأبى ذلك علينا[٥].

قال محمد بن إسحاق: سألت أبا جعفر محمد بن علي فقلت: ما فعل علي في سهم ذوي القربي؟ فقال: سلك به سبيل أبي بكر وعمر، وكره أن يدعى عليه خلافهما[٦]؛ فدل على أن الحق ذلك وأنه رآه، ألا ترى أنه خالفهم في الجد والخيار وغيره؟

وروي عن علي أنه قال: بعث لي عمر بن الخطاب الخمس في آخر سنيّة من سنته، فقلت: يا أمير المؤمنين بنا العام عنه غنًى، فرددته[٧].

---

(١) ينظر: الناسخ والمنسوخ للقاسم بن سلام (٢٠٩/١)، والناسخ والمنسوخ للنحاس (ص: ٤٩٣).

(٢) ينظر: المبسوط (٩/١٠)، والبحر الرائق (٩٨/٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٤٣١/٨)، ونهاية المطلب (٥٠٧/١١).

(٤) ينظر: المبسوط (٩/١٠)، التنبيه على مشكلات الهداية (٢٦٠/٤).

(٥) أخرجه مسلم (١٨١٢).

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٢١٢). قال العيني: «إسناد صحيح». ينظر: نخب الأفكار (٢٩٤/١٢).

(٧) أخرجه أبو يعلى في المسند (٣٦٤)، والبزار في المسند (٦٢٦)، قال البزار: «لا نعلمه يروى عن علي رضي الله عنه إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد».

ولأن هذا حق مقدر يجب في كسب الغير فوجب أن يكون استحقاقه بالفقر كالزكاة.

ولأنهم حرموا الصدقات فعوضوا عنها الخمس، وإنما حرم الفقراء منهم بالقرابة إذ الأغنياء يحرم عليهم للغنى، فوجب أن يعوض الفقراء دون الأغنياء؛ يدل على أنه عوض ما روي أن النبي ﷺ قال: «أليس في سهم الخمس ما يغنيكم عن غسالة أيدي الناس؟»[1].

ولأنه لو كان استحقاقه بالقرب لم يجب للابن مع وجود أبيه كالإرث، فلما وجب دل على أنه لا يستحق به.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قال الله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١][2].

❊ **قِيلَ:** الآية مجملة؛ إذ القربى لا تختص بقرابة النبي ﷺ، قال الله تعالى: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾ [البقرة: ٨٣]، واحتمل أن يكون المراد به قرابة الغانمين، أو أمير الجيش، وقال الحسن: المراد به قرابة الخلفاء[3]، على أن القربى من القربة، كما أن الزلفى من الزلفة، فيصرف في جهات القربة، وذلك يحصل بدفعه إلى الفقير دون الغني؛ يدل عليه قول الله تعالى: ﴿كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧]، فمنع من أن تتداولها يد الأغنياء أصلًا، وسائر المذكورين في الآية يستحقون بالفقر دون مجرد الاسم،

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦٧٧) وقال الهيثمي في المجمع (٤٤٩٤): «رواه الطبراني في الكبير، وفيه حسين بن قيس الملقب بحنش، وفيه كلام كثير، وقد وثقه أبو محصن».

(٢) ينظر: الأم للشافعي (١٦١/٤)، ومختصر المزني (٢٤٧/٨).

(٣) أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (١٧٠٥/٥).

كذلك هذا[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** فبطل أن يكون لذكر القرابة معنى؛ لأنك لا تضرب له لاسم القرب بسهم على حده[2].

۞ **قِيلَ:** قد روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يقسم في ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، فقد ضربنا لهم بسهم، ونصرفه إلى فقرائهم[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن النبي ﷺ وضع يوم خيبر سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب، وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فجاء عثمان وجبير بن مطعم وقالا: نحن لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك لكنا وبنو المطلب كهاتين، فلم أعطيتهم وحرمتنا؟ فقال ﷺ: «لأنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام»، وقال: «بنو هاشم وبنوا المطلب شيء واحد»، وشبك بين أصابعه[4]، فلو كان استحقاقه بالفقر لما سأله عثمان وجبير مع الغنى، ولا ذكر القرابة[5].

۞ **قِيلَ:** المطلب أخو هاشم لأبيه وأمه، فلو كان استحقاقه بالقرابة لكان بنو الأخوة للأب والأم أحق، ولمّا اعتبر النبي ﷺ النصرة؛ دل على أنه لا يستحق بالقرابة والنصرة، وبعده بالقرابة والفقر، ومنهم من قال: لم يستحق ذلك إلا بالفقر، والخبر ورد على بيان الآية، والآية تقتضي ذلك لما بينا[6].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٢٤)، والتجريد (٨/٤١٧٢).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٦١)، ومختصر المزني (٨/٢٤٧).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢/٣٨٨)، والبناية شرح الهداية (٧/١٧١).

(٤) أخرجه أحمد (١٦٧٤١) وأبو داود (٢٩٨٠). وأصله في صحيح البخاري (٤٢٢٩).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٤/١٦١)، الحاوي الكبير (٨/٤١٦).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٢١)، والتجريد (٨/٤١٧٤).

❊ فَإِنْ قِيلَ: كل قرابة حرمت مالًا أفادت مالًا كقرابة الميت لما حرمتهم الوصية أفادتهم الوراثة(١).

۞ قِيلَ: القرابة حرمت حالة الحياة مالًا وهو الهبة، ولم تُفد مالًا آخر غيره؛ لأنه لا يوجب لكل ذي رحم محرم نفقة، على أن القرابة دون الأغنياء فوجب أن تفيدهم خاصة(٢).

## فَصـل

|٨٠٠| ثم الشافعي يجعل للرجل سهمين وللمرأة سهم؛ لأن استحقاقه بالقرابة، فيفضل الذكر على الأنثى، ويبطل ذلك؛ لأنه يعطي للابن مع وجود أبيه، ويدل على أنه لا يستحق بالغنى، ونحن نعطي بالفقر فسوى كما يفعل في الزكاة(٣).

|٨٠١| **مَسْأَلَةٌ:** سهم المؤلفة قلوبهم سقط(٤).

**وعلى أحد قوليه:** لم يسقط(٥).

روي أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم»(٦) فخص به المسلمين.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤١٦/٨)، والشرح الكبير (١٠٦/١٠).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٥٢٠/٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٠٢/٥).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (١٥٤/٤)، والحاوي الكبير (٤٣٤/٨).

(٤) ينظر: التجريد (٤٢١٦/٨)، وتحفة الفقهاء (٣٠٠/١).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٧٤/٢). وينظر القول الآخر في: الحاوي الكبير (٥٤٩/٨).

(٦) روي بلفظ أخر من حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ=

ولأنه كافر فلا يعطى من الزكاة كغير المؤلفة، وقول الله تعالى في آية الصدقات: ﴿وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠]، وما روي أن النبي ﷺ أعطى الأقرع بن حابس والعباس بن مرداس[1] إنما كان حدث بالمسلمين ضعف، وقد قوى الله تعالى المسلمين فصار ذلك منسوخًا؛ يدل عليه أن الخلفاء الراشدين لم يعطونهم[2].

|٨٠٢| **مَسْأَلَةٌ:** سهم رسول الله من الخمس سقط بموته[3].

**وقال:** هو ثابت يصرف إلى المصالح[4].

لأن الأئمة لم تعزل من الخمس سهمًا لرسول الله، ولو كان ثابتًا لنقل[5].

ولأنه لا يملكه بعد موته؛ إذ الموت ينافي الملك فلا ينتقل من جهته إلى غيره، ولا يكون مستحقًا من قبله، فلو أثبتناه أثبتناه ابتداءً وهذا لا يجوز؛ لأنه لم يذكر لهذا الوجه سهم، وقوله: ﴿وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١] يقتضي تخصيصه به فلا نثبته لغيره، وسهم الفقراء والمساكين لا يبطل بموت واحد؛ لأنه بقي، ويدخل في اسم الفقير فاستحقه بالاسم، ولم ينتقل من جهة الميت إلى غيره، كذلك ها هنا يجب أن لا ينتقل.

---

= من أغنيائهم وترد على فقرائهم». أخرجه البخاري (١٣٩٥)، ومسلم (١٩).

(١) أخرجه البخاري (٣١٥٠)، ومسلم (١٠٦٢).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٢٩٩/١)، والبناية شرح الهداية (٤٤٦/٣).

(٣) ينظر: شرح فتح القدير (٥٠٧/٥)، والمبسوط (٩/١٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢٩/٨)، ونهاية المطلب (٤٤٨/١١).

(٥) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢٣٥)، والمبسوط (٩/١٠).

|٨٠٣| **مَسْأَلَةٌ:** لا نفل بعد إحراز الغنيمة[١].

**وقال:** يجوز ذلك[٢].

أم حبيبة عن أبيها العرباض بن سارية: أن النبي ﷺ أخذ وتره فقال: «مالي من فيئكم هذا إلا الخمس»[٣]، فنفى أن يكون له ملك وتصرف.

ولأن حق الغانمين ثبت بالأجر، ويستقر بالحيازة، ويملك بالقسمة، فإذا تعلق حقهم به لم يجز إسقاطه من غير أن يحصل لهم ما هو في معنى العوض، كما لو أراد أن يعطي جميع الغنيمة، وإذا أقر الكفار على أملاكهم فقد جعل لهم الخراج، وهو في معنى العوض، وما روي أن النبي ﷺ نفل في بداءته الربع، وفي رجعته الثلث[٤]، هو ما يصيبه في الرجعة، فله الثلث بعد الخمس، وإنما زيد لما يلحقهم من زيادة المشقة، وإنما أعطى عيينة بن [حِصن][٥]، والأقرع بن حابس؛ لأنهم كانوا من المؤلفة قلوبهم[٦]، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي (٢/٧٢٣)، وبدائع الصنائع (٧/١١٥).

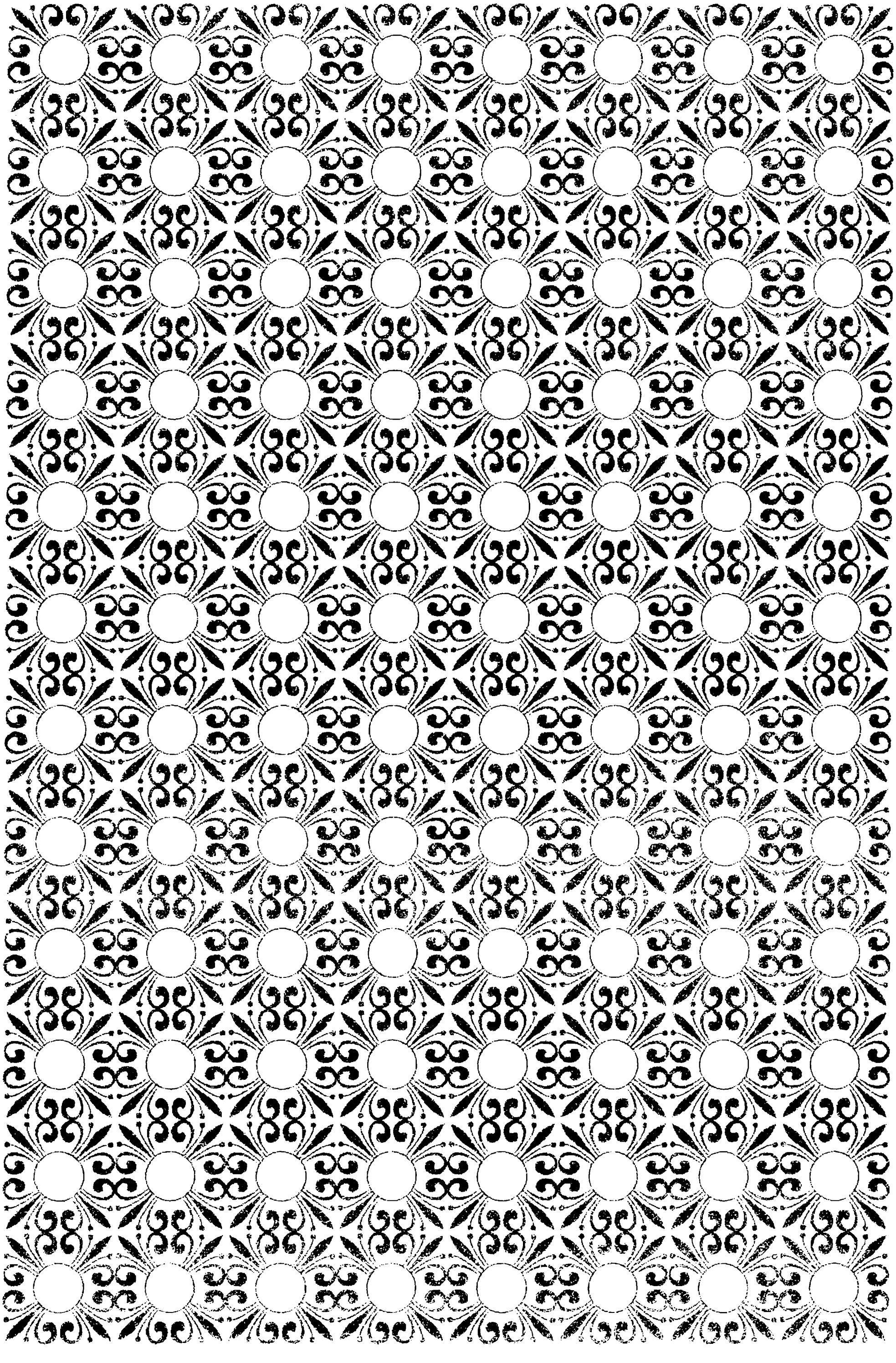
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٢٦)، والبيان للعمراني (١٢/٢٢١).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (١٧١٥٤)، والطبراني المعجم الكبير (٦٤٩)، وقال ابن حجر في فتح الباري (٦/٢٤١): «إسناده حسن».

(٤) أخرجه أحمد (١٧٤٦٥)، وأبو داود (٢٧٥٠). قال ابن حجر: «صححه ابن الجارود وابن حبان والحاكم». ينظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام (ص: ٤٨٤).

(٥) في الأصل: (نصر)، والتصويب من مصادر التخريج، وحديثه أخرجه البخاري (٣١٥٠)، ومسلم (١٠٦٢).

(٦) ينظر: المبسوط (٣/٩)، وبدائع الصنائع (٢/٤٤).



# كِتَابُ النِّكاح

|٨٠٤| لا يتزوج بأخت المعتدة منه[١].

**وقال:** إذا كانت العدة واجبة عن بينونة فله أن يتزوجها[٢].

روي عن علي[٣] وابن عباس[٤] نحو ما قلنا، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]، فحرم الجمع عامًا، فكل ما كان جمعًا فهو محرم، وهو جامع بينهما في استحقاق النسب والحبس عن الأزواج والسكنىٰ والنفقة والمنع من الخروج والتزوج فلم يجز[٥].

وقد حرمت الصحابة الجمع بين الأختين في ملك اليمين بهذه الآية، فدل علىٰ أن الآية ليست مقصورة علىٰ النكاح، بل هي عامة علىٰ ما يكون جمعًا[٦].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لرجل مسلم أن يجمع ماء في رحم أختين»[٧]، وفي تجويز تزويج الأخت هذا المعنىٰ فلا يفعله.

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٣٤)، والمبسوط (٤/٢٠٢).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٦٩)، والبيان للعمراني (٩/٢٤٧).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٥٧٠). وإسناده صحيح، رجاله ثقات.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٥٦٨).

(٥) هو مذهب علي وابن مسعود وعمار بن ياسر ﭫ. ينظر: المبسوط (٤/٢٠١)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٤).

(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٤٣٨)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٤).

(٧) روي بلفظ: أنه ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين» ويروىٰ أيضا: «ملعون من جمع ماءه في رحم أختين». قال ابن الملقن: «هذا الحديث بلفظيه غريب جدا لا يحضرني من خرجه بعد البحث الشديد عنه سنين، وعزاه ابن الجوزي في تحقيقه باللفظ=

ولأن النكاح يمنعه من التزوج بأختها، فحق النكاح مطلقًا يمنعه كما لو كانت العدة من الطلاق الرجعي، وكالمرأة لما منعها النكاح من التزوج منعها حق النكاح[1].

ولأنها معتدة في حقه فلا يجوز له التزوج بأختها كما لو قال لها: أنت بائن، أو كانت أخت المعتدة أَمَة وهو يقدر على طول الحرة، أو كان قد لاعنها وأكذب الزوج نفسه، أو لم يكن للأخت ولي إلا العم أو الأخ وهي صغيرة[2].

ولا يلزم إذا قال: أخبرتني أن عدتها قد انقضت؛ لأنها غير معتدة في حقه، ولا يمنع من التزوج بأختها، كما لو قالت: أنا امرأتك وأنكر الزوج كان له التزوج بأختها؛ لأنها غير منكوحة في حقه[3]، على أنا نقول النكاح موقوف؛ لأن المعتدة لو جاءت بولد إلى سنتين ثبت النسب، وعلمنا أن نكاح الأخت لم يصح[4].

ومن أصحابنا من قال: لها أن تتزوج، ويكون تزوجها إقرارًا منها بانقضاء عدتها[5].

وإذا كانت معتدة من وطء شبهة لم يكن له التزوج بأختها، فلا يلزم على العلة[6].

---

= الثاني إلى استدلال أصحابهم الفقهاء، والرافعي ذكره في حرمة الجمع بين الأختين». ينظر: البدر المنير (٥٩٦/٧)، وقال ابن عبد الهادي: «هذا الحديث لم أر له سندًا بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة». ينظر: تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٣٤٥/٤).

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٢٦٨/١٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٤٤٦/٤).

(٢) ينظر: التجريد (٤٤٣٤/٩)، والمبسوط (٢٠٣/٤).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (١٨٥/١٠)، والتجريد (٤٤٣٤/٩).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٤٢٠/٤)، والمبسوط (٢٠٣/٤).

(٥) ينظر: التجريد (٤٤٣٤/٩)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٠٨/٢).

(٦) ينظر: المبسوط (٧٠/٢)، وبدائع الصنائع (٣٠٥/١).

ولأنها معتدة عن إحدى حالتي قوله لها: أنت بائن، فلم يكن له التزوج بأختها، كما لو قال لها: أنت بائن، ونوى واحدة[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: هي أجنبية عنه، بدليل أنه لا يستبيح وطئها إلا بنكاح جديد، فأشبهت المنقضية العدة[2].

❁ **قِيلَ**: يبطل بالأخت إذا كانت أمة، وهو يقدر على طول الحرة، وبما ذكرنا من أصل العلة[3]، على أن بعض أحكام النكاح باقي وبعضه مرتفع وارتفاع بعض أحكام النكاح لا يلحقها بالأجنبية كالمطلقة تطليقة رجعية، فحرم وطؤها عند المخالف، ولو جامعها وجب عليه مهر جديد، ولم يكن له التزوج بأختها، ولم يجعلها هذا المعنى كالأجنبية؛ لبقاء بعض أحكام النكاح، فكذلك ها هنا أن لا يستبيح وطأها إلا بعقد جديد لا يجعلها كالأجنبية؛ لبقاء بعض الأحكام التي ذكرناها من استلحاق النسب بحق النكاح والعدة، وجريان اللعان بينهما على مذهبه[4]، والمعنى الذي اعتبره لم يجعلها كالمنقضية العدة في جواز تزوجها بزوج آخر، فكذلك حق الزوج[5].

وأما إذا قالت: أخبرتني أن عدتها قد انقضت، فلم يبق شيء من أحكام النكاح في حقه، وما يجب من النفقة لحقها لا لحقه[6].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٣٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٠٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٧٠)، وبحر المذهب (٩/١٦٨).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٤٣٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٨).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٧)، والتجريد (٩/٤٤٤٠).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٧٦١)، والمبسوط (١٣/١٦٠).

(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٢٦٢)، والتجريد (٩/٤٧٥٧).

ولا يُعترض على ما قلنا بارتفاع بعض أحكام النكاح مثل الظهار والإيلاء، ولو قال: نسائي طوالق لم تدخل هذه فيه؛ لأن ارتفاع بعضها لا يلحقها بالأجنبية، ولا يجوز التزوج بأختها إذا بقيت أحكام كالمطلقة تطليقة رجعية(١).

على أنه بالظهار يوجب تحريمًا فيها، وهي محرمة(٢)، والإيلاء: منع النفس من وطء مستحق، وهو غير مستحق بعد البينونة(٣)، وأيضًا: فإن حكم الظهار وحكم الإيلاء يبقى بعد البينونة؛ إذ لو مضى أربعة أشهر وهي في العدة بانت، فهو حجة عليه(٤)، وليس إذا لم يدخل في إطلاق اسم نسائه، لم يكن باقيًا على حق نكاحه وملكه، ألا ترى أنه لو قال: عبيدي أحرار لم يدخل المكاتب فيه؟ ولا يدل على أنه لم يبق على حكم ملكه؟ ولو عناه وقصده بالعتق عتق؟ كما نقول: لو قصد هذه بالطلاق وقع عليها(٥).

ولا معنى لقولهم: إنها اختصت بالعدة فخصت بالمنع، وعقد النكاح شملهما، فثبت حكم المنع فيهما؛ لأن الرجل معتد منه أيضًا، على أنه يبطل بما لو كان الطلاق رجعيًّا، وليس إذا لم يسم باسمها لم يكن التحريم ثابتًا في حقه، كما لا تسمى حال بقاء العقد زوجة ومنكوحة والتحريم ثابت، وعقد النكاح يتناول المرأة، ولا يكون الرجل معقودًا عليه في النكاح؛ إذ لو تناوله عقد النكاح لم يتزوج بأخرى كالمرأة، وبدليل العبد إذا تزوج بغير إذن المولى فمات المولى فأجاز الورثة النكاح جاز عندنا، ولو كان معقودًا عليه لكان جريان التمليك فيه

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٧)، والتجريد (٩/٤٧٥٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٣٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١٥٩)،

(٣) ينظر: المبسوط (٧/٣١)، والمحيط البرهاني (٨/١٩٣).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٥٨)، والمبسوط (٧/١٣)

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٧)، والتجريد (٩/٤٧٥٩).

مبطلًا العقد الموقوف، وهذا بيان من مذهبنا أن ما يقوله لا يسلم على أصلنا، ويسمى ناكحًا لتعلق عهدة النكاح به، والعقد غير معقود عليه، كما يسمى بائعًا ومشتريًا، وبالله التوفيق.

|٨٠٥| مَسْأَلَةٌ: الزنا يوجب تحريم المصاهرة، وكذلك اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة(١).

وقال: لا يوقع تحريم المصاهرة(٢).

فعندنا المرأة تحرم على ولده وولد ولده وإن سفلوا من ولد الذكور والإناث، وتحرم على آبائه وأجداده وإن علوا من قِبل الرجال والنساء، ويحرم على الواطئ أمهات الموطوءة وإن علون من قبل الرجال والنساء، وكذلك بناتها من قِبل الذكور والإناث(٣).

روي نحو قولنا عن عمر(٤)، وعامر بن ربيعة(٥)، وعبد الله بن عمر(٦).

وابن عباس سئل عمن زنا بامرأة فقال: «حرمت عليه أمها وابنتها»(٧).

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٤٩)، والمبسوط (٤/٢٠٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٩١)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/٤٤٠).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٤٩٣)، والمبسوط (٤/٢٠٦).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤٧٢)، و(١٦٤٧٣).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤٧٥).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤٨١).

(٧) أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٦٩)، وابن أبي شيبة (١٦٤٨٨)، والبيهقي السنن الكبرى (١٣٩٦٠)، وفي معرفة السنن والآثار (١٣٨٦٩). وإسناده صحيح موقوف؛ رجاله ثقات.

الحسن عن عمران بن حصين قال: «أيما رجل زنا بأم امرأته حرمت عليه امرأته»(١)، وعن أُبي نحوه(٢).

عبد الله بن مسعود قال: «إذا قبل الرجل المرأة أو لامس لم يحل لأبيه ولا لابنه»(٣).

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، والنكاح اسم للوطء في الحقيقة؛ إذ هو اسم للجمع، هكذا روي عن ثعلب والمبرد(٤)، والجمع حقيقة في الوطء، ويدل عليه قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ [النور: ٣] إلىٰ قوله: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٣]، وإنما حرم الوطء دون العقد، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «ملعون من نكح بهيمة»(٥) وقال ابن عباس في تفسير الآية: إن النكاح هو المجامعة(٦)، وقال الشاعر:

يحب المديح أبو خالد ❊ ويهرب من صلة المادح
كبكر تحب لذيذ النكاح ❊ وتفزع من صولة الناكح(٧)

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤٨٧)، وابن المنذر في الأوسط (٧٣٧٤).

(٢) لم أجده عن أبي بن كعب رضي الله عنه.

(٣) لم أجده عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٣٢).

(٤) ينظر: لسان العرب (٢/٦٢٦)، وتاج العروس (٧/١٩٥).

(٥) أخرجه أحمد (١٨٧٥)، وأبو داود (٤٤٦٢)، وابن ماجه (٢٥٦١)، والترمذي (١٤٥٥). قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي عمرو، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ».

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٥٠٦)، ورجاله ثقات.

(٧) البيتين لابن هرمة الفهري، ينظر: المحاسن والأضداد للجاحظ (ص: ٥٧)، والبصائر والذخائر للتوحيدي (٦/١٥٥).

ويسمىٰ العقد نكاحًا؛ لأنه يوصل إلىٰ الوطء، كما يسمىٰ العصير خمرًا.

❊ فَإِنْ قِيلَ: المراد بقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ﴾ [النساء: ٢٢] العقد، فكذلك ما بعده[١].

۞ قِيلَ: هو علىٰ الوطء، علىٰ أنه ليس إذا حمل لفظ علىٰ المجاز والاتساع بدليل وجب حمل اللفظ الآخر عليه[٢].

عن ابن هانئ قال: قال رسول الله ﷺ: «من نظر إلىٰ فرج امرأة لم يحل له أمها ولا ابنتها»[٣].

ولأن هذا معنىٰ لو وجد في العقد أوجب التحريم علىٰ التأبيد، فإذا عري عن العقد أوجبه كالرضاع.

ولأن هذا فساد يتعلق بالوطء فوجب أن يتعلق بالزنا؛ بدليل فساد الحج والصوم[٤].

❊ فَإِنْ قِيلَ: روت عائشة قالت: سئل النبي ﷺ عن الرجل يتبع المرأة حرامًا أينكح ابنتها، أو يتبع الابنة حرامًا أينكح أمها؟ فقال النبي ﷺ: «لا يحرم الحرام الحلال، وإنما يحرم ما كان بنكاح حلال»[٥].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٦/٩)، وبحر المذهب (١٩٣/٩).

(٢) ينظر: التجريد (٤٤٤٩/٩)، والمبسوط (٢٠٥/٤).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤٩٠). وقال ابن حجر: «حديث ضعيف أخرجه بن أبي شيبة من حديث أم هانئ مرفوعا: «من نظر إلىٰ فرج امرأة لم تحل له أمها ولا بنتها» وإسناده مجهول». ينظر: فتح الباري (١٥٦/٩).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٢٧/٤)، والمبسوط (٢٢٧/٦).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٢٦/٥)، ومختصر المزني (٢٦٩/٨). =

۞ قِيلَ: مدار الحديث على عثمان بن عبد الرحمن الزهري وهو ضعيف[1]، وسئل النبي ﷺ عن الاتباع وهو المراودة، ولا يعبر به عن الوطء وذلك لا يحرم.

وقوله: «لا يحرم الحرام الحلال» خارج على هذا السؤال، فهذا النوع من الحرام وهو الاتباع لا يحرم الحلال؛ إذ قد علمنا أن كثيرًا من الحرام يحرم الحلال من وطء أحد الشريكين، والوطء في الحيض وغيره[2].

وروي عن طاوس وعطاء أنهما قالا: كان الرجل إذا زنى بامرأة لا يستحل نكاحها بعد مجامعته إياها، وأراد رسول الله ﷺ أنه يبيح لهم ذلك، فقال: «لا يحرم الحرام الحلال»[3].

۞ فَإِنْ قِيلَ: هذا الوطء تمحض تحريمه فلا يتعلق به حرمة المصاهرة، كوطء الصغيرة التي لا يجامع مثلها، ومعنى تمحض التحريم: أنه لم يصادف الملك ولا شبهة الملك[4].

۞ قِيلَ: التي لا يجامع مثلها لا يكون الفعل معها جماعًا ووطئًا، وإنما هو جناية، على أن اللفظ لا يطابق هذا التفسير، فإن تحريم وطء الجارية المشتركة

---

= والحديث أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤٨٠٣)، وقال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن الزهري إلا المغيرة بن إسماعيل، تفرد به: عبد الله بن نافع». وقال الهيثمي في المجمع (٧٤١٥): «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهري، وهو متروك».

(١) ينظر: مجمع الزوائد (٤/٢٦٩)، رقم (٧٤١٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٢٨)، والتجريد (٩/٤٤٥٥).

(٣) لم أجده عن طاوس وعطاء، لكن أخرجه سعيد بن منصور (١٧١٩)، وعبد الرزاق (١٢٧٦٩)، وهو ضعيف؛ في إسناده رجل لم يسم، قال هشيم، أخبرنا بعض أصحابنا، عن مطر الوراق، عن عطاء، عن ابن عباس.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٥)، ونهاية المطلب (١٥/٣٧٠).

والمجوسية يتمحض ؛ إذ لا حل فيه بوجه ، وكذلك إذا أتى جارية ابنه ، والمنكوحة نكاحًا فاسدًا في دبرها ، فهذا النوع مما لا يملك بحال ولا يحل ، فالتحريم فيه آكد ، ويقع به تحريم المصاهرة ، على أن ما ذكر يوجب تغليظ حكم هذا الفعل ، وتحريم المصاهرة يتعلق بالفعل على طريق التغليظ ، فتعلقه به أولى ، ويدل على أن تعلق هذا التحريم بالوطء أنه لا يتعلق بالعقد الفاسد ، وبشراء الجارية ، وتحريم الربيبة لا يتعلق بالعقد الصحيح ، ويتعلق بالوطء على هذه العقود[١].

ولا يجوز أن يكون تعليقه بما يثبت به النسب ؛ لأن النسب ثاني لهذا ، ويجوز أن لا يوجد أصلًا فلا يجوز تعليقه به ، ويتزوج بالآيسة فيحصل به التحريم ، ولا يتوهم الولد ونفس النكاح يثبت به التحريم ، ولا يثبت به النسب عنده ؛ لأن عنده إمكان الوطء بشرط ، وعندنا الإعلاق ؛ إذ الصبي لا يثبت منه النسب[٢].

وجنس اللواط لا يتعلق به التحريم ، وكذلك إتيان الميتة ؛ لأنه ليس بوطء ؛ إذ الوطء فعل مُلذ ، ووطء المالك لا يُحل للزوج الأول ويتعلق به التحريم[٣]، وبالله التوفيق.

|٨٠٦| **مَسْأَلَةٌ:** لا يتزوج بابنته من الزنا[٤].

**وقال:** يكره ويجوز[٥].

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٢٦)، والتجريد (٩/٤٤٥١).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٤٢)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/٣٨).
(٣) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي (١/٢٦٩)، وتبيين الحقائق (٢/١٠٧).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٤٩٢)، والمبسوط (٤/٢٠٧)، وبدائع الصنائع (٧/٤١)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/١٨٧).
(٥) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣١٢)، والحاوي الكبير (٩/٢١٨).

لأنها بضعة منه فأشبهت ثابت النسب، وإنما يحكم في ثابت النسب بأنها بعض منه بالظاهر، وذلك الظاهر موجود ها هنا، ونعيّن المسألة فيمن زنىٰ بامرأة وأغلق عليها بابًا، ثم جاءت بولد في مدة يحتمل حدوثه من ذلك الوطء[١].

ولأن أمها موطوءته، فلا يحل له التزوج بها كولد الملاعنة[٢].

※ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله ﷻ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤][٣].

۞ **قِيلَ**: له يبتنىٰ علىٰ قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذه ابنة؛ إذ العرب لا تفصل بين الزنا وغيره، والنبي ﷺ قال: «إن أتت به علىٰ نعت كذا فهو لشريك بن سحماء» فأضافه إلىٰ الزاني، ويقال: ولده وإن لم يكن نسب، كما يقال ولد الشاة[٤].

※ **فَإِنْ قِيلَ**: ليس بينهما وصلة نسب؛ إذ التوارث منقطع مع ارتفاع الموانع[٥].

۞ **قِيلَ**: يبطل بولد الملاعنة، والتوارث منقطع في الرضاع مع ارتفاع الموانع، ولا يحل التناكح، والإرث يتعلق بالنسب الذي يجب به التحريم، والذي لا يجب فلم يجز تعليقه عليه[٦].

---

(١) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٧)، والتجريد (٩/٤٤٩٣).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٤)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/١٨٧).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٦١)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي (٢/٤٤٠).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٤٩٦)، وبدائع الصنائع (٧/٣٥).
(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/٥)، ومختصر المزني (٨/٢٧٠).
(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٤٩٧)، والمبسوط (٤/٢٠٦).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لا يحرم على أخيه[1].

❁ **قِيلَ**: لا نعرف ذلك، والظاهر أنه يحرم، على أن تحريمها على الواطئ بالولاد، وعلى الأخ بالنسب ولم يحكم به[2]، وبالله التوفيق.

|٨٠٧| **مَسْأَلَةٌ**: للأب أن يتزوج أمة ابنه[3].

**وقال**: لا يتزوج أمة واحد من أولاده وإن سفلوا[4].

لنا: كل عموم دل على جواز النكاح، ولأن حق الأب في مال الابن لا يمنع الابن من وطئها، فلا يمنع الأب من التزوج بها؛ دليله: الابن يتزوج بأمة أبيه، ولأنه لا يملكها فأشبه أمة الأجنبي[5].

ولا يصح استدلالهم بقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[6]؛ لأنه أضاف الملك إلى الابن أولًا، فإحدى الإضافتين مجاز لاستحالة كون الشيء الواحد ملكًا لاثنين في حالة واحدة، وإضافة الملك إلا الابن حقيقة، فإضافته إلى الأب مجاز لا يفيده الملك، فلا يمنع التزوج بها، وفي جواز النكاح اختلفنا ولا ذكر له[7].

(١) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٦٥)، والبيان للعمراني (٩/٢٥٠).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢/٢٠٥)، والتجريد (٩/٤٤٥٣).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٧٢)، والمبسوط (١٧/١٤٢).
(٤) ينظر: الأم للشافعي (٦/٢٦٩)، ونهاية المطلب (٨/٣٩٠).
(٥) ينظر: المبسوط (٥/١٢٢)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٨٠).
(٦) روي عن جماعة من الصحابة، أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١)، وابن حبان (٤٢٦٢)، وأبو يعلى (٥٧٣١)، والبزار (١/٤١٩)، وقال ابن الملقن: «صحيح». ينظر: البدر المنير (٧/٦٦٥). وقال الهيثمي: «هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري».
(٧) ينظر: البناية شرح الهداية (٥/٢٢٧)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٥٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لو وطئها مع العلم بحالها لم يحد، ولو استولدها صارت أم ولد له، فلا يحل له التزوج بها كأمة المكاتب والجارية المشتركة[1].

❊ **قِيلَ له**: لو وطئ البائنة بتطليقه مع العلم بحالها لم يُحد وله أن يتزوجها، وكذلك الرجعية عنده[2]، وأما الاستيلاد فينقل الملك إلىٰ الأب قبل الوطء عندنا، فيكون مستولدًا جارية نفسه، علىٰ أن ثبات نسب ولده منه لا يمنع التزوج بها كالمعتدة.

وأيضًا: فإن حق الأب يثبت في مال الابن عند الحاجة، وقد وقعت الحاجة إلىٰ درء الحد وثبوت النسب، وعند عدم الحاجة هو كالأجنبي، ولا حاجة ها هنا.

وله في الجارية المشتركة ملك، والملك ينفي النكاح[3].

وجارية المكاتب موقوفة علىٰ ملكه؛ بدليل أنه لو عجز بقي علىٰ الملك الذي كان فمنع التزوج بها، ولا يملك جارية ابنه إلا بنقل وتمليك فأشبه الأجنبي[4].

ولا معنىٰ لقولهم: إن علىٰ الابن أن يُعف أباه بالنكاح؛ لأنه لا يلزمه أن يعف نفسه بالنكاح، فأن لا يلزمه أن يعف أباه أولىٰ[5]، وبالله التوفيق.

(١) ينظر: الأم للشافعي (٦/٢٦٩)، ونهاية المطلب (١٢/٢١٥).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٣٤٥)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/١٧٦).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٥٠١)، والمبسوط (٥/١٢٢).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٥/٢٢٧)، والتجريد (٩/٤٥٠٠).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٥٠٢)، والمبسوط (٥/١٢٢).

|٨٠٨| **مَسْأَلَةٌ:** للقادر على مهر الحرة أن يتزوج بأمة وإن لم يخش العنت(١).

**وقال:** لا يجوز إلا عند عدم طوله الحرة وخوف العنت(٢).

لأن الله تعالى قال: ﴿فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، والعامل في قوله: ﴿فَوَٰحِدَةً﴾ قوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟﴾ فتقديره فانكحوا واحدة أو ما ملكت أيمانكم فخيره، والتخيير بين الشيئين يقتضي القدرة عليهما، فالقادر يتخير(٣).

ولأن الله تعالى قال: ﴿وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] فوجب أن تكون هي خيرًا له من حرة كتابية(٤).

ولأن القدرة على المحرم لا تحرم، كالقدرة على الأم لا تُحرم الابنة، والقدرة على نكاح إحدى الأختين لا تُحرم نكاح الأخرى، وكذلك القدرة على الأربعة لا تحرم الخامسة، وهذه القدرة لا تمنعه من شراء جارية، وإن كان فيه استباحة وطئها كذا هذا، وكذلك العبد لو قدر على أن يتزوج حرة كان له أن يتزوج بأمة فالحر أولى، إذ هو أبسط يدًا في النكاح، والحرة تزوج نفسها من عبد، وإن قدرت على حر، ولأنهما شخصان يجوز اجتماعهما عنده، فالقدرة على مهر إحداهما لا يمنع التزوج بالأخرى كالحرتين والأمتين(٥).

ولا يصح استدلالهم بقول الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/١٢٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٧).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٠)، ومختصر المزني (٨/٢٧١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٩).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٩)، والتجريد (٩/٤٤٦٦).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٨)، والمبسوط (٥/١٥٤).

يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ إلىٰ قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]؛ لأن الحكم المعلق بشرط لا ينفي ما عداه عندنا، كقوله: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولا ينفي ما عداه[١].

ولأن الطول هو القدرة، والنكاح اسم للوطء، فكأن الله تعالىٰ قال: فمن لم يقدر علىٰ وطء حرة فليتزوج بأمة، ولن يكون قادرًا عليه إلا أن يكون تحته حرة، وإذا كان تحته حرة لم يتزوج بأمة، علىٰ أن ﴿طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥] نصب علىٰ الحال، فتقدير الآية: فمن لم يستطع في حال غناه، أي: ثقل عليه أن ينكح حرة فليطأ ملك يمينه، فالآية حجة عليه؛ لأن دليل خطابه يقتضي جواز التزوج بالأمة إذا قدر علىٰ نكاح محصنة واحدة أو نكاح كتابية، وهو يقول بدليل الخطاب، وفيما يقول إلغاء شرط الجمع والإيمان وذلك لا يجوز[٢].

وليس في قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] أنه إذا لم يخش لم يبح له التزوج بالأمة، وليس هذا بشرط؛ لأن من ملك أمة أو أم ولد فله أن يتزوج الأمة، وإن لم يخش العنت، ومن كان تحته حرة عجوزة لا تُشتهىٰ، أو مريضة لا تجامع، أو صغيرة لا يجامع مثلها، لم يجز له التزوج بأمة وإن خشي العنت، والشيخ الفاني يجوز له التزوج بالأمة وإن كان لا يخشىٰ العنت، وفائدته أن الندب إلىٰ نكاح الأمة إذا خشي العنت[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ما منع عن المصير إلىٰ بدل أنقص منه فالقدرة عليه تمنع،

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٩)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/١٥٠).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٨).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٩)، والمبسوط (٥/١٠٨).

كالماء والتيمم، والرقبة والصوم[١].

۞ قِيلَ: لا عقد يكون بدلًا عن عقد، ولو كان متزوجًا بأمة فتزوج حرة جاز، ولو كان أحدهما بدلًا لم يجتمعا، ولا يجوز التزوج بإحدى الأختين إلا مع عدم الأخرى تحته، ولا يكون أحدهما بدلًا عن الأخرى، وينتقض بالعبد يبذل له مولاه مهر حرة، والحرة تبذل نفسها لحر فقير، فإن لهما التزوج بالأمة مع القدرة على الحرة[٢].

❊ فَإِنْ قِيلَ: يُرق ولده منها مع الاستغناء عنه، فصار كما لو كانت تحته[٣].

۞ قِيلَ: لا فعل له في الولد فلا يقال برقه، ولا يقع ضرورة إلى استرقاق الولد بحال، وما يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد لا يبطل عقد النكاح به، كالرضاع الذي يطوي على النكاح، ويبطل بمن تحته أمة فتزوج عليها حرة، فإنه لا يؤمر بمفارقة الأمة والامتناع من وطئها، ويبطل بالعبد يبذل له مولاه مهر حرة، والحرة تبذل نفسها لحر فقير، فإن لهما التزوج بالأمة فيرقان الولد مع الاستغناء عنه.

والمجبوب القادر على طول الحرة لا يتزوج بالأمة الرتقاء، مع عدم هذا المعنى فلا اعتبار بما ذكره[٤].

وإنما منع من تحته حرة؛ لأنه يُدخل عليها من يضارها في القسم بمن لا يساويها، ويجوز أن يمنع إذا كان تحته، ولا يمنع إذا لم يكن كالعبد إذا كان تحته

(١) ينظر: التهذيب (٥/٣٨٤)، والمجموع شرح المهذب (٢/٣٧٢).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٧)، والمبسوط (٥/١٠٨).
(٣) ينظر: الشرح الكبير (٨/٦٠)، وكفاية النبيه (١٣/٩٠).
(٤) ينظر: المبسوط (٥/١٠٨)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٨).

حرة مُنع منه، ولا يمنع إذا لم يكن كذلك هذا[1]، وبالله التوفيق.

|٨٠٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا جمع في العقد بين حرة وأمة صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة[2].

**وعلىٰ أحد قوليه:** يبطل نكاحهما[3].

لأنه بالجمع بينهما مدخل كل واحدة علىٰ الأخرىٰ، وإدخال الحرة علىٰ الأمة يصح، وإدخال الأمة علىٰ الحرة لا يصح، فصح نكاح الحرة، كما لو جمع بين امرأتين أحدهما ذات زوج، أو في عدة من زوج[4].

ولأن نكاح الحرة ينفي نكاح الأمة ونكاح الأمة لا ينفي نكاح الحرة، فإذا لم يوجد مع نكاح الحرة ما ينفيه صح[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** عقد المعاوضة المحتملة للفسخ إذا جمع الجائز والفاسد من العوض مع اتفاق العقد فسد الجميع، كما لو اشترىٰ عبدًا وحرًّا[6].

❁ **قِيلَ:** يبطل بأصل علتنا[7].

وفي البيع من جمع بين شيئين فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرطًا في

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٧)، والمبسوط (٥/١٠٨).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٦)، والتجريد (٤/٢٠٣٦).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٤)، والحاوي الكبير (٩/٢٣٦).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٧)، والمبسوط (٥/١١٧).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٤٧٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٧).
(٦) ينظر: الأم للشافعي (٥/١١)، ومختصر المزني (٨/٢٧١).
(٧) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٠٥)، والتجريد (٩/٤٤٦٧).

الآخر، والحر قد بطل العقد فيه، وجعله شرطًا في الباقي فبطل الجميع، والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد؛ بدليل أنه لو تزوجها على أن لا يطأها صح، وأيضًا: فإن في البيع ينقسم الثمن على عقد قيمتيهما، والحر لا يدخل في العقد فيبقى العبد بحصة مجهولة، وجهالة الثمن في ابتداء العقد يوجب فساد البيع، وجهالة المهر لا توجب فساد النكاح(١)، وبالله التوفيق.

| ٨١٠ | **مَسْأَلَةٌ:** للحر أن يتزوج بأربع من الإماء(٢).

**وقال:** لا يتزوج بأكثر من واحدة(٣).

لأن هذا جنس يجوز التزوج به، فله أن يتزوج منهن أربعًا كالحرائر(٤).

ولأن العبد يتزوج بأمتين فالحر يتزوج ضعفه كالحرائر(٥).

وقد مضى الجواب عن قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ﴾ [النساء: ٢٥] أن هذا ليس بشرط، ولا ينفي ما عداه أيضًا، ومعناه أن الندب إلى النكاح لمن خشي العنت، ومن لا يخشى لا يندب إليه ويحل(٦)(٧).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** حرٌ قادر على الاستمتاع بفرج منكوحة فلا يجوز له التزوج

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/٨٩)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/١٦٣).
(٢) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٦٨)، والمبسوط (٥/١٧٣).
(٣) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣١٢)، والحاوي الكبير (٩/٢٣٩).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٤٧٨).
(٥) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٧٣)، والتجريد (٩/٤٤٧٨).
(٦) ينظر: (ص: ٤٧٣).
(٧) ينظر: التجريد (٩/٤٤٦٩)، والمبسوط (٥/١٠٨).

بالأمة، كما لو كانت تحته حرة[1].

۞ قِيلَ: ثبوت فراش الحرة لما منع التزوج بالأمة منع العبد منه أيضًا، وهذا لا يمنع العبد من التزوج بأخرى، فلا يمنع الحر منه؛ إذ الحر أبسط يدًا في النكاح من العبد، والمعنى فيه إذا كانت تحته حرة أنه يدخل عليها من يضارها في القسم بمن لا يساويها، وهاهنا يدخل عليها من يساويها فصار كالعبد وكحرة يُدخِل على حرة[2]، وبالله التوفيق.

| ٨١١ | مَسْأَلَةٌ: يجوز التزوج بالأمة الكتابية[3].

**وقال:** لا يجوز[4].

لنا قول الله ﷻ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، وعن علي[5] وعمار[6] أنهما قالا: «ما حرم الله تعالى من الحرائر شيئًا إلا وقد حرم من الإماء مثلهن إلا في العدد»، وهذا العبد يساويهما في التحريم[7].

ولأنه يجوز التزوج بحرائرهن فجاز التزوج بإمائهن كالمسلمات[8].

(١) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣١٢)، والإقناع للماوردي (ص: ١٣٧).
(٢) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٦٨)، والتجريد (٩/٤٤٤٨).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٤٨٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/١٨٩).
(٤) ينظر: الأم للشافعي (٥/٤٦)، ومختصر المزني (٨/٢٧١).
(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٥٣٧)، ورجاله ثقات.
(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٢٧٥٠)، ورجاله ثقات.
(٧) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٣٠٥)، والتجريد (٩/٤٤٨٩).
(٨) ينظر: التجريد (٩/٤٤٨٨)، والمبسوط (٥/١١٠).

ولأنه يجوز وطؤها بملك اليمين فجاز بعقد النكاح كالمسلمة[١].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥][٢].

❁ **قِيلَ**: ليس في الآية حظر غيرها، على أن العفة نوع إحصان، فإذا وُجد ما يسمى إحصانًا دخل في الاسم؛ والدليل على دخولها في الاسم قول الله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ﴾ [النساء: ٢٥] يعني الإماء[٣].

ولا يصح قولهم: إن العفة ليس بشرط؛ إذ ليس في الآية لفظ الشرط، على أن الآية في الندب إلى النكاح، ويندب إلى نكاح العفيفة[٤].

ولا يصح احتجاجهم بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]؛ لأنه لا يطلق لفظ المشركة على الكتابية، قال الله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ١] ففرّق، على أن الآية واردة في المشركة التي لا يرتفع الحظر فيها إلا بالإيمان، وهذه لو أعتقت وهي كافرة جاز التزوج بها، فلم تكن الآية واردة فيها، على أن الحظر لا يرتفع فيها بالإيمان؛ إذ تفتقر إلى الإذن بعده[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: اجتمع فيها نقصان: نقص الرق، ونقص الكفر، فتأكد نقصها فأشبهت الوثنية والمجوسية، لما كان نقص كفرهما آكد من نقص كفر أهل

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٨٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٠).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٤/٢٨٥)، والحاوي الكبير (٩/٢٢١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٥٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٨).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٥١)، والبناية شرح الهداية (٥/٤٤).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٤٨٨)، والمبسوط (٩/٤١).

الكتاب حرم ذبائحهم ومناكحتهم(١).

﴿ قِيلَ: النقص لا يؤثر في النكاح ولا ينفيه، بدليل الصغر والجنون، والمؤثر فيه تحريم الوطء، فالنقص الذي لا يحرم الوطء بملك اليمين لا ينفي النكاح؛ بدليل الوثنية لما كان فيها نقص يمنع النكاح منع الوطء بملك اليمين(٢).

وينتقض ما قاله بالكفر والزنا والتنصر والتثليث وشتم رسول الله ﷺ فقد اجتمع نقصان ولم يمنع النكاح(٣).

ولا معنى لقولهم: إن الوطء بملك اليمين أوسع؛ لأنه لا يحتاج في الشراء إلى الشهود، ولا يختص بعدد، فإنهما يستويان في التحريم المانع من الوطء؛ بدليل الرضاع والنسب، وإن كان أحد السببين الذي يوصل إلى الوطء وهو النكاح آكد(٤).

ولا يجوز قياسهم على الأمة الوثنية والمرتدة؛ لأن كفرهما هو المانع دون الرق؛ بدليل أنه لا يتزوج بحرائرهن، والحكم إذا قام بوصف، فضم الثاني إليه لغو(٥)، وبالله التوفيق.

**| ٨١٢ | مَسْأَلَةٌ: يجوز نكاح غير الإسرائيلية من الكتابيات لقول الله تعالى:** ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] ولم يفصل(٦).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٤٣)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/٤٥٥).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٤٨٩)، والمبسوط (٥/٩٥).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٤٩٠).

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٤٨٦)، والدر المختار (٦/٣٧٨).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٥٣)، والتجريد (٩/٤٤٨٧).

(٦) ينظر: المبسوط (٤/٢١٠)، والبناية شرح الهداية (٥/٤٣)..

ولأنه يحل ذبائحهم فحل مناكحتهم كالإسرائيليات(١)، وبالله التوفيق.

|٨١٣| مَسْأَلَةٌ: لا يتزوج المسلم ولا الذمي حربية كتابية في دار الحرب(٢).

وقال: يتزوج(٣).

لنا: قول الله تعالىٰ: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المجادلة: ٢٢]، وفي النكاح مودة، قال الله ﷻ: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] فلم يجز(٤).

ولأنه لا يجوز تواجد الحقوق بينهما بالعقود؛ بدليل أنه لا يبايعه ولا يوصي له، فكذلك لا يجوز بعقد النكاح، ونخص الحربية من قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]؛ بدليل ما بينا(٥).

❊ فَإِنْ قِيلَ: يحل أكل ذبيحتها فجاز التزوج بها(٦).

❁ قِيلَ: هي ممن يجوز التزوج بها وهي علىٰ دينها، ولكن بشرط أن تخرج إلىٰ دارنا، كما يحل ذبيحتها بشرائط، وبالله التوفيق(٧).

---

(١) ينظر: المبسوط (٤/٢١٠)، والبناية شرح الهداية (٥/٤٣).
(٢) ينظر: المبسوط (٥/٥٣)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/١٠٩).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٧/٣٨٠)، والحاوي الكبير (٩/٢٤٦).
(٤) ينظر: التجريد (١٠/٥١٤٠)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/١٠٩).
(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/٨٨)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق (٢/١٩٤).
(٦) ينظر: الأم للشافعي (٤/٢٨٩)، ونهاية المطلب (١٢/٢٤٦).
(٧) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٤٨٨)، والتجريد (٩/٤٤٨٧)، والمبسوط (٥/٥٣).

| ٨١٤ | **مَسْأَلَةٌ:** يجوز التزوج بمن كان أحد أبويها كتابيًا[١].

**وعلىٰ أحد قوليه:** إذا كان أحد أبويها مجوسيًّا أو وثنيًّا لم يجز التزوج بها، وأكل الذبيحة علىٰ هذا الاختلاف[٢]، **وعلىٰ قول له آخر:** الاعتبار بالأب[٣].

لنا: أن أحد الأبوين ـ وهو: الكتابي ـ اختص بحكم من أحكام المسلمين، فحكم للولد بذلك الحكم، كما لو اختص أحد الأبوين بالإسلام، فإن الولد يكون مسلمًا كذلك هذا[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** اجتمع التحريم والتحليل فوجب تغليظ حكم التحريم في المناكح والذبائح، كما لو اشترك مسلم ومجوسي في ذبيحة[٥].

❁ **قِيلَ:** يبطل بالولد المولود بين المسلم والكتابي يكون مسلمًا، ولا يغلظ حكم التحريم فيه، وبالله التوفيق[٦].

| ٨١٥ | **مَسْأَلَةٌ:** إذا تنصرت اليهودية حل التزوج بها[٧].

**وعلىٰ أحد قوليه:** لا يجوز[٨].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٣٨)، والتجريد (٩/٤٥٦٢).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٠٥)، وبحر المذهب (٩/٢٩٩).
(٣) ينظر: التهذيب (٧/٢١٥)، والبيان للعمراني (١١/٥٠٣).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٣٨)، وبدائع الصنائع (٧/١٠٤).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٤/٣٧٦)، ونهاية المطلب (١٢/٣٧٩).
(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٣٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧١).
(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٣٩)، والتجريد (٩/٤٥٥٠).
(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٣٢)، ونهاية المطلب (١٢/٢٥١).

لنا: قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ونبني علىٰ أصلنا أن الكفر كله ملة واحدة، قال الله تعالىٰ: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ﴾ [الكافرون: ٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: استحدثت دينًا باطلًا اعترفت ببطلانه فهي كالمسلمة ترتد[١].

❁ **قِيلَ**: في الحال لا تعترف ببطلان ما تحولت إليه، وأيضًا فإنها لم تترك دينًا حقًّا فصارت كاليهودية تسلم، والمسلم يتحول من مذهب إلىٰ مذهب، ولأنها لا ترد إلىٰ الذي تحولت عنه فلم تشبه المرتدة، وكانت تثلث فصارت توحد، فإباحة نكاحها أولىٰ[٢].

ولهذا قلنا: إن اليهودي إذا تنصر أو تمجس لم يُقتل[٣]، وعلىٰ أحد أقاويل الشافعي: يُقتل[٤].

وقد ذكرنا أن الكفر ملة واحدة ويجمعهم ضلال واحد، فلم يكن مبدلًا دينه فلا يدخل تحت قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[٥] علىٰ أنه أمر بالقتل عقوبة، ولا يعاقب لمفارقته التمجس[٦]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٣٢)، ونهاية المطلب (١٢/٢٥١).
(٢) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٢١)، والمبسوط (٥/٤٨).
(٣) ينظر: المبسوط (٥/٤٨)، والدر المختار (٤/٢٢٥).
(٤) ينظر: التهذيب (٥/٣٨١)، والشرح الكبير (١٠/١٩٥).
(٥) أخرجه البخاري (٣٠١٧).
(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٤٠)، والتجريد (٩/٤٥٥٩).

|٨١٦| **مَسْأَلَةٌ:** لا يُكره الأب الابنة البالغة العاقلة على النكاح[(١)].

**وقال:** له أن يُكرهها وكذلك الجد[(٢)].

لنا: ما روى أبو موسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: «إذا أراد أحدكم أن يزوج ابنته فليستأمرها، فإن سكتت فقد رضيت، وإن أبت فلا جواز عليها»[(٣)].

ابن عباس أن النبي ﷺ رد نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان[(٤)].

روي أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني وأنا كارهة، فقال النبي ﷺ: «أجيزي ما صنع أبوك» فقالت: أجزت لكني أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من أمور البنات شيء[(٥)]، والجائز لا يجاز، وابتداء العقد لا ينعقد بلفظة الإجازة دون قبول آخر[(٦)].

ولأنها بالبلوغ ملكت أمر نفسها ومالها؛ بدليل أنها لو أجرت نفسها صح،

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/١٩١)

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٦)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٥٧).

(٣) أخرجه أحمد (١٩٥١٦)، والبزار (٣١١٨)، وابن حبان (٤٠٨٥)، والحاكم في المستدرك (٢٧٠٢). قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير (١٠٩٨)، وفي المعجم الكبير (١٢٠٠١)، والدارقطني في السنن (٣٥٦٣)، وقال الهيثمي في المجمع (٧٤٧١): «رواه الطبراني، وفيه إسحاق بن إبراهيم بن جوثى، ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات».

(٥) أخرجه ابن ماجه (١٨٧٤)، قال الدارقطني: «مرسل، وهو أشبه بالصواب». ينظر: العلل (٣٨٦١)، وقال البوصيري: «هذا إسناد صحيح رجاله ثقات». ينظر: مصباح الزجاجة (٦٧٤).

(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٢٧٨)، والمبسوط (٥/١٢).

ولو تصرف الأب في مالها بغير رضاها لم يجز، كذلك إذا تصرف في نفسها(١).

أو نقول: إنها ملكت التصرف في مالها، فلا يجوز العقد عليها إلا بإذنها كالبنت والابن وكعقد الأخ(٢).

ولأنها حرة بالغة عاقلة فأشبت الثيب(٣).

ولا يصح استدلالهم بقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]؛ لأن هذا تسليط على أن يعقد عقدًا يسمى ذلك نكاحًا، وما يكون بغير رضاها لا يكون نكاحًا فلا يدخل في الآية، ولا يعتبر اللفظ فقط؛ لأنه لو قال: أنكحتك هذا الحمار لم يكن نكاحًا(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها»(٥) فجعل العلة الثيوبة دون البلوغ والعقل، فمفهومه يقتضي أن غير الثيب يكون الولي أحق بها(٦).

❁ **قِيلَ**: المعروف «الأيم أحق بنفسها من وليها»، وهو اسم الذي لا زوج لها فيعم الثيب والبكر جميعًا، واستئناف ذكر البكر بقوله: «والبكر تستأمر في نفسها»(٧)؛ لبيان الحكم الذي يختصها، وهو أن السكوت منها رضًا، فلا يمنع

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٠)، والمبسوط (٤/١٩٦).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٢٤٨)، والمبسوط (٥/٩٨).
(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٧).
(٤) ينظر: المبسوط (٤/١٩٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤١).
(٥) أخرجه مسلم (١٤٢١).
(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٣٠٧)، والمبسوط (٥/٢١٢).
(٧) أخرجه البخاري (٦٩٤٦)، ومسلم (١٤٢٠).

دخولها في اللفظ الأول[١].

وقوله: «الثيب»، ليس بتعليل بل هو تسمية لها باسمها، ولا نقول بدليل الخطاب، ومن خالف نص قول النبي ﷺ، وطلب مفهومًا يعلق الحكم به فقد أخطأ[٢].

ولا يصح حمل قوله: «تستأمر»، على الاستحباب لاستطابة قلبها؛ لأن ظاهره للإلزام، وكما لا يحمل قوله عليه السلام: «والثيب تشاور» على استطابة النفس، كذلك هذا لا يحمل عليه إلا بدليل[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: حرة لم تختبر الرجال فوجب أن تكون ولاية الأب باقية كما كانت كالمراهقة[٤].

۞ **قِيلَ له**: لا يصح الاختبار مع الصغر، [ولو][٥] بلغت وهي ثيب لم تكره كذلك هذه، وقلة اختبارها بالمال لا يوجب للغير ولاية عليها فيه بعد البلوغ، كذلك لا يوجب ولاية عليها في نفسها، ولا يفرق بين الأمة التي اختبرت الرجال والتي لم تختبر في جواز إكراه الولي إياها على العقد، فدل على أنه لا عبرة بالاختبار، على أن المراهقة صغيرة، والولاية عليها تتعلق بالصغر لا بالبكارة؛ بدليل الابن والمال، والثيوبة ذهاب جزء فلا يتعلق بها زوال الولاية، وعندنا يتعلق بالعقل الذي يكون في حال البلوغ، ويجوز تعليق الأحكام عليه[٦].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣٠٩)، والمبسوط (٥/٢١٢).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٣٨٠)، والمبسوط (٥/٧).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٣٠٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٢).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٣٥٢)، ونهاية المطلب (١٢/٤٣).
(٥) في الأصل: «ولم»، والصواب ما أثبتناه.
(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٦)، والمبسوط (٥/٣).

وقولهم: إن ولاية المال لا تعتبر بولاية النكاح بدليل الوصي باطل؛ لأن الولايتين لا تختلفان في حق الأب؛ بدليل الابن والمجنون، وإنما تختلف في حق الغير، فهي كالشهادة والدعوىٰ يتفقان في حق إنسان ويختلفان في حق الغير(١).

ولا يصح قولهم إن العقد يصح عليها مع سكوتها فأشبهت الصغيرة؛ لأن في الخبر: «وسكوتها نطقها»، «وسكوتها إقرارها»(٢)، فلا يعلل بخلاف الشرع، ويجوز أن يستدل بغير نطقها علىٰ رضاها، كما قال عليه السلام في خبر بريرة: «إن قربك زوجك فلا خيار لك»(٣)، فجعل ذلك دليلًا علىٰ الرضا، وليس إذا بطل حقها بسكوتها ما يدل علىٰ أنه مع عدم السكوت يبطل كالشفيع(٤).

ولا نفصل بين قبض المهر والنكاح؛ لأن الأب لو قبض مهرها من غير رضاها لم يجز عليها، غير أنها لما كانت تستحي من الطلب بالمهر جعل سكوتها فيه رضًا، كما يجعل سكوتها رضًا في النكاح(٥)، وبالله التوفيق.

|٨١٧| **مَسْأَلَةٌ:** للأب وسائر الأولياء تزويج الصغيرة الثيب(٦).

**وقال:** لا يجوز تزويجها ما دامت صغيرة(٧).

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٥)، والمبسوط (٥/١٢٩).
(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٠٨٠)، ورجاله ثقات.
(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٣٦)، قال الألباني: «إسناده جيد لولا عنعنة ابن إسحاق». ينظر: إرواء الغليل (٦/٢٧٣).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٣٧٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٢).
(٥) ينظر: المبسوط (٥/٢٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٨٨).
(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٦)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٣٥).
(٧) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٩)، والحاوي الكبير (٨/٣٤٨).

لأنه يولىٰ عليها لصغرها ؛ بدليل ما ذكرنا ، والصغر باقٍ فبقيت ولاية الأب ، كما لو زالت بكارتها بوثبة أو حيضة.

ولأنها أحد البكرين فأشبه الابن ، وله أن يزوج الابن ثانيًا ، كذلك هذا[١].

ولأنها حرة يجوز وطؤها بعقد النكاح ، مسلمة خالية عن الأزواج والعدة ، فجاز عقد النكاح عليها ؛ دليله البالغة[٢].

ولا يصح استدلالهم بقوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها»[٣] ، فجعل الحق لها وهي لا تقدر علىٰ استيفاء الحق إلا بعد البلوغ فتأخر الاستيفاء إليه ، لأن معناه: أحق بتزويج نفسها من وليها ، فهو وارد فيمن يكون له حق التزويج ، فمن لا يكون له حق التزويج في الحال لا يكون داخلًا في الخبر ، ولو كان هذا الحق ثابتًا للصغيرة في حال صغرها استوفاه الأب لها كسائر الحقوق ، وهذا عندهم يثبت الشركة في الحق ويثبت للولي حقًّا كما يقولونه في البالغة ، فثبت الحق للأب ، وهو يقدر علىٰ الاستيفاء في الحال ، فكان له استيفاؤه[٤].

وقوله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر»[٥] وارد في الثيب التي يكون

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٩) ، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٦) ، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).

(٣) أخرجه مسلم (١٤٢١).

(٤) ينظر: التجريد (١١/٥٦٩٠) ، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٨).

(٥) أخرجه أبو داود (٢١٠٠) ، والنسائي (٣٢٦٣) ، وقال الدارقطني: «أما قول ابن عيينة ، عن زياد بن سعد: والبكر يستأمرها أبوها ، فإنا لا نعلم أحدا وافق ابن عيينة علىٰ هذا اللفظ ، ولعله ذكره من حفظه فسبقه لسانه». ينظر: السنن (٣٥٨٥).

أمرها إليها[١].

❊ فَإِنْ قِيلَ: اختبرت الرجال مع العقل فأشبهت البالغة[٢].

❁ قِيلَ: لا يتوجه الخطاب عليها بهذا العقل ولا تتغير الأحكام وبقي مولىً عليها في مالها فوجب أن يكون مولىً عليها في نفسها؛ دليله المجنونة، وإن اختار الابن الصغير النساء مع عقله لم يصيره كالبالغ، كذلك هذا[٣]، وبالله التوفيق.

|٨١٨| مَسْأَلَةٌ: الفاسق يكون وليًا في تزويج ابنته[٤].

**وعلى أحد قوليه: لا يكون**[٥].

ولم يبلغنا أن أحدًا اعترض في عقد أب لفسقه، فهو إجماع السلف فعلًا فلا يعترض عليه بقوله[٦].

ولأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ﴾ [التوبة: ٧١] فهو عام[٧].

ولأنه يلي عقد النكاح لنفسه بنفسه فجاز أن يكون وليًّا لابنته الصغيرة كالعدل، أو نقول: يلي تزويج أمته، أو نقول: يلي استيفاء القصاص لها فأشبه العدل[٨].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٨)، والمبسوط (٥/٢).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٣٥٢)، ونهاية المطلب (١٢/٤٣).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٨)، والمبسوط (٥/٢).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٣٢٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٩).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦١)، والمهذب (٢/١٦٤).
(٦) حكى الإجماع الكاساني. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٩).
(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٤٩)، والتجريد (٨/٣٨٦٣).
(٨) ينظر: التجريد (٩/٤٣٢٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٩).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد»(١).

۞ **قِيلَ**: لم يشترط رشده في نفسه وهو موضع الخلاف، على أنه رشيد بإيمانه، وإطلاق اللفظ يفيد الرشد في التجارة، يقال: فلان رشيد إذا كان جلدًا في التجارة، وإن كان يشرب الخمر(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: هذه ولاية شرعية وضعت للنظر والحيطة فوجب أن يكون الفسق مزيلًا لها كالحاكم وولي اليتيم(٣).

۞ **قِيلَ**: يجوز تصرف الحاكم الفاسق على أظهر الروايتين، وولي اليتيم ووصيه يجوز تصرفهم ما لم يعزلوا، ويبطل بالكفر لأنه أعظم الفسوق، ولا يزيل الولاية عن الابنة، والكافر لا يكون حاكمًا ويكون وليًّا لابنته، فإن أنكروا ولاية الكافر دخل عليهم أمر كبير، وهو أن لا يكون أصحاب النبي ﷺ أولاد رشدة على أن الفاسق في العادة ينظر لابنته، ويحتاط في تخير الأكفاء ولا يشين نفسه وقومه، وإذا كانت هذه الولاية في زعمه مبنية على النظر وقد حصل، وجب الحكم بثبوتها، على أن الفاسق يعزل عن الأموال ولا يؤتمن؛ لأنه تلحقه التهمة فيها، وكذلك ترد شهادته، ولا تهمة في تزويج الابنة فجاز منه، كما يجوز تزويجه نفسه، وكما لا تبطل ولايتها في الاختيار بفسقها(٤)، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦١/٩)، وبحر المذهب (٥٨/٩)
والحديث أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٢١). وقال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث مسندا عن سفيان إلا ابن داود، وبشر، وابن مهدي، تفرد به: القواريري». وقال الهيثمي في المجمع (٧٥١٧): «رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح».

(٢) ينظر: التجريد (٤٣١٨/٩)، وبدائع الصنائع (٢٣٩/٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٦١/٩)، وبحر المذهب (٥٨/٩).

(٤) ينظر: التجريد (٤٣٢٩/٩)، وبدائع الصنائع (٢٣٩/٢).

|٨١٩| **مَسْأَلَةٌ:** تزويج الأخ وسائر الأولياء والحاكم جائز على الصغار[١].

**وقال:** لا يجوز[٢].

روي عن عمر وعلي وابن عمر[٣] مثل قولنا في الأخ والعم، ولا يعرف لهم مخالف.

ولأنه يزوجها بعد بلوغها فيكون نكاحًا بولي فوجب أن يكون وليًّا لها في حال صغرها، ويجوز عقده عليها كالأب والجد؛ إذ البلوغ يزيل ولاية الغير فلا يفيد ولاية لم تكن[٤].

ولأنه عصبة فأشبه الأب ويساوي الجد عنده في التعصيب، ويدلي كل واحد منهما بالأب فوجب أن يكون مثله في التزويج.

ولأنه ولي في استيفاء القصاص لها فأشبه الأب[٥].

ولأن الحاكم يلي مع الأب إذا كان الأب متهمًا، فأن يلي مع موته أولى[٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح اليتيمة حتى تستأذن»، ولا إذن لها في الحال فاستؤني بلوغها[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (٤/٢١٥)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/١٢٥).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢١)، والحاوي الكبير (٨/١٢٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٨٧٨). قال الهيثمي: «هذا إسناد ضعيف موقوف عبد الله بن نافع مولى ابن عمر متفق على تضعيفه». ينظر: مصباح الزجاجة (٢/١٠٣).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٠٢)، والتجريد (٩/٤٣٠٦).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٨٣)، والمبسوط (٤/٢١٥).

(٦) ينظر: المبسوط (٤/٢٢٠)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٠).

(٧) ينظر: البيان للعمراني (٩/١٨٠)، والشرح الكبير (٧/٥٤٠).

❁ قِيلَ: هذه لا إذن لها فلم يكن الخبر واردًا فيها، وإنما ورد في البالغة الذي يقف جواز تزويجها علىٰ إذنها، وسميت يتيمة لقرب عهدها بصغرها، وقد بينا أن قوله: «اليتيمة» لا يجري مجرىٰ التعليل، ولو كان علة في المنع من النكاح منع تزويج الأب[1].

❁ فَإِنْ قِيلَ: ولاية يُحتاج إليها في الصغر فلا تثبت للأخ كالولاية علىٰ المال[2].

❁ قِيلَ: يبطل باستيفاء القصاص[3].

وسقوط الولاية في المال لا يوجب سقوطها في التزويج، كما نقول في الأب مع الابنة البالغة، وأب الصغير إذا كان متهمًا في المال غير متهم في التزويج فإنه يلي التزويج ولا يلي المال[4].

والأخ تلحقه التهمة في المال ولا تلحقه في التزويج؛ لأنه لا يغر قومه[5].

وحق الحضانة لم يختص بالأمهات، بل ثبت للأخوات، فكذلك ولاية النكاح، وثبوت الخيار لها في الثاني لا يمنع جواز العقد عليها في الحال، كالأمة يكون لها الخيار إذا أعتقت، وثبوت الخيار لها عنده حال إعسار الزوج وخيار العيب، ويجوز عقد الأب عليها بعد بلوغها عنده، وإن لم يكن للأب ولاية في المال والنكاح يقتضيه كذلك الأخ[6]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣١٨)، والمبسوط (٤/٢١٤).
(٢) ينظر: الشرح الكبير (٥/٧٥)، وأسنىٰ المطالب (٢/٤٣٣).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٥٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٤٩٢).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٢٩٨)، والمبسوط (٤/٢١٤).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٩٧)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٠).
(٦) ينظر: المبسوط (٥/٢٠٧)، وبدائع الصنائع (٤/٤٣).

|٨٢٠| **مَسْأَلَةٌ:** للولي أن يزوج وليته من نفسه(١).

**وقال:** ليس له ذلك(٢).

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٢٧]، قالت عائشة: نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها يرغب فيها لجمالها ومالها فنهوا أن يتزوجوهن إلا أن يقسطوا في مهورهن(٣).

وروي عن عائشة أن النبي ﷺ استفتي عن هذه الجملة فأنزل الله تعالىٰ هذه الآية، فثبت أنه إذا أقسط في مهرها كان له التزوج بها(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** في الآية زجر(٥).

❁ **قِيلَ:** هو زجر أن لا يقسط في المهر، ولا يؤتيها ما كُتب لها من الصداق، وذكر النكاح بعده لا يمنع أن يكون الأول في الصداق، إذ الواو لا يقتضي الترتيب(٦).

وروي أن النبي ﷺ زوج صفية من نفسه فأضيف جميع العقد إليه، ولم ينقل حضور ولي آخر(٧).

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٩/٤٤٠)، والتجريد (٩/٤٣٤٠).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤)، وبحر المذهب (٩/٥٠).
(٣) أخرجه البخاري (٢٤٩٤).
(٤) أخرجه البخاري (٢٤٩٤).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤)، وبحر المذهب (٩/٥٠).
(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٩٤)، والتجريد (٩/٤٢٨٩).
(٧) أخرجه البخاري (٤٢١٢)، ومسلم (١٣٦٥).

ولأن العهدة في النكاح لا تتعلق بالعاقد، وإنما تتعلق بمن وقع العقد له؛ بدليل أنه لا يضيف العقد إلىٰ نفسه، ولا يتسلم المبدل، ولا يلزمه تسليم البدل، فلم يكن هو الموجب والمستوجب، وقد نفذ كلامه علىٰ غيره، فصار كما لو حضر، ولو حضر جاز، كذلك هذا[(١)].

ويدل علىٰ أنه يجوز أن يقوم مقام غيره في حقه فيما لا تتعلق العهدة به أن الزوج لو أمر المرأة أن تطلق نفسها جاز، وكذلك المولىٰ يأمر عبده فيعتق نفسه، أو يأمر الغريم فيبرئ نفسه من الدين.

**وعلىٰ أحد قوليه:** الجد يزوج ابنة ابنه من ابن ابن له آخر، فيجوز[(٢)].

وإذا لم يكن للمرأة ولي إلا الإمام فله أن يزوجها من نفسه، ولأنه استفاد الولاية بالشرع لا من قبل غيره، فجاز له تولي طرفي العقد فيما يحل له، كالأب يبيع مال ابنه من نفسه[(٣)].

ولا يصح استدلالهم بما روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربع فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل»[(٤)]؛ لأن الزوج خاطب وهو أيضًا ولي، فقد حضره أربعة معنىٰ وحكمًا، كالأخ من الأم إذا كان ابن عمٍّ فإنه يجعل كاثنين من طريق الحكم[(٥)]، علىٰ أن الولي إذا حضر وأذن للخاطب في

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٨)، والتجريد (٩/٤٦٦٤).
(٢) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٠١)، وبحر المذهب (٦/٥٦).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٢٦٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٢).
(٤) لم أجده بنصه، وأخرج الدارقطني بنحوه (٣٥٢٩)، من طريق عن أبي الخصيب، عن هشام، عن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين»، قال الدارقطني: «أبو الخصيب مجهول واسمه: نافع بن ميسرة».
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٤٤)، والمبسوط (٥/١١).

العقد فتزوج وجب أن يجوز بظاهر الخبر، وفائدة حضوره رضاه بالكفاء فدل علىٰ أن الخبر ورد في غير الولي؛ إذ العقد منه لا يكون سفاحًا بالاتفاق(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ابن العم لم تكمل شفقته فلا يتولىٰ طرفي العقد كالوكيل بالبيع(٢).

❁ **قِيلَ**: في البيع تعلقت العهدة بالعاقد؛ لأنه يضيف العقد إلىٰ نفسه، ويتسلم المبدل، ويلزمه تسليم البدل، فكان هو الموجب والمستوجب، ولا يجوز أن يجب له علىٰ نفسه ضمان التسليم فلم يجز بخلاف النكاح(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الخاطب لا يجوز أن يكون شاهدًا، فكذلك لا يجوز أن يكون وليًّا؛ لأن كل واحد منهما شرطٌ في النكاح(٤).

❁ **قِيلَ**: الخاطب خصم فلا يكون شاهدًا لتنافيهما، والولاية لا تنفي الخصومة لجواز أن يكون الرجل ولي نفسه، فإذا لم يتنافيا جاز اجتماعهما، والأب يبيع مال ابنه من نفسه، ولا يكون شاهدًا فيه(٥)، وبالله التوفيق.

| ٨٢١ | **مَسْأَلَةٌ**: الأخ من الأب والأم أولىٰ بالتزويج من الأخ من الأب(٦).

**وعلىٰ أحد قوليه**: هما سواء(٧).

---

(١) ينظر: المبسوط (١١/٥)، والبحر الرائق (٩٨/٣).
(٢) ينظر: الشرح الكبير (٥٦٣/٧)، والنجم الوهاج (٢٦/٣).
(٣) ينظر: المبسوط (١٣٢/٦)، وتحفة الفقهاء (١٠٢/٢).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٣١/٢)، وبحر المذهب (١٢٧/٩).
(٥) ينظر: التجريد (٤٣٤٣/٩)، والمحيط البرهاني (٢٩/٣).
(٦) ينظر: الحجة علىٰ أهل المدينة (١٥٨/٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٤٨/٤).
(٧) ينظر: فتاوىٰ السبكي (٢٠/٢)، وإعانة الطالبين (٣٥٧/٣).

روي عن علي أنه قال: «النكاح إلىٰ العصبات»[١].

ولأنه عصبتها وهو من أهل العقد فوجب أن تكون الولاية له كالأخ من الأب والأم مع الأخ من الأم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ولاية النكاح تستفاد من قبل الأب دون الأم، وقد استويا في الإدلاء بالأب فاستويا في الولاية، كما لو كانا لأب[٢].

❊ **قِيلَ**: ويستفاد من قبل الأم أيضًا، فهذا دعوىٰ، علىٰ أن الأخ من الأب والأم لا يُخص في الميراث بالجزء الذي يُستحق من قبل الأم، ثم يُشرك بينهما فيما يستحق من قبل الأب، بل جُعل الأخ من الأب والأم أولىٰ، كذلك هذا، وكذلك لو أوصىٰ لأقربهم رحمًا قُدِّم الأخ من الأب والأم[٣]، وبالله التوفيق.

|٨٢٢| **مَسْأَلَةٌ:** إذا غاب أقرب الأولياء انتقلت الولاية إلىٰ من يليه في القرب[٤].

**وقال:** يزوجها الحاكم[٥].

لأنه يولي عليه لغيبته كما يولي عليه لجنونه وموته، ولو جن أو مات انتقلت

(١) قال الحافظ ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/٦٢): «لم أجده»، وقال العيني في البناية شرح الهداية (٥/٩٣): «ذكر هذا الحديث شمس الأئمة السرخسي، وسبط بن الجوزي، ولم يخرجه أحد من الجماعة، ولا يثبت».

(٢) ينظر: الحاوي للماوردي (٩/٧٨٢)، والمجموع شرح المهذب (١٦/١٥٥).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/٧٧٥)، وشرح فتح القدير لابن عابدين (٦/٧٥).

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٣٣٤)، والغرة المنيفة (ص: ١٣٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (٩/١١١)، وكفاية النبيه لابن الرفعة (١٣/٤٦).

الولاية إلىٰ من يليه في القرب، كذلك هذا.

ولأن الأخ من الأب قريب حاضر وهو من أهل العقد فلا يلي السلطان معه، كما لو كان الأقرب حاضرًا(١).

❊ فَإِنْ قِيلَ: ولاية الغائب باقية في حال غيبته؛ إذ الغيبة لا تبطل الحقوق؛ بدليل تزويج الإماء وغير ذلك، ولو زوج هو في حال غيبته جاز، فلا يلي الأبعد معه، كما لو عضل الأقرب.

❁ قِيلَ: لو بقيت ولايته لم يزوجها السلطان ولا يسلم بعض أصحابنا جواز التزويج حال غيبته، علىٰ أن ولايته للنظر والاحتياط، وإذا زوج حال غيبته فقد لحقها نظره واحتياطه فلم نقطع ولايته، وإذا لم يزوج فقد انقطع نظره عنها، وربما يكون في تأخير التزويج ضرر، ولا يتفق الكفؤ في كل حال، فأُسقط ولاية الغائب للضرر، كما لو كان الولي الذي يتصرف في مال الصغير سفيهًا مبذرًا فإنه تسقط ولايته للضرر الذي يلحق مال الصغير.

وليس كذلك إذا غاب من يلي التصرف في مال الصبي، فإنه لا يتحول ذلك التصرف إلىٰ الأقرب؛ لأنه لاضرر في تأخيره؛ إذ التجار يؤخِرون لانتظار الأرباح، ألا ترىٰ أنه لا ينتقل ذلك التصرف إلىٰ السلطان؟ وأما تزويج أمته وغير ذلك فالحق فيه له وحده وقد رضي بتأخيره، وليس كذلك الولي إذا عضل؛ لأنه يمتنع من إيفاء حق فيأمره الحاكم به أو يتولىٰ إيفاءه بنفسه، وبالغيبة يلحق الضرر حكمًا فسقطت به الولاية، كما لو باع الأب مال الصغير بغبن فإنه يبطل عقده ولا

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣٣٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٠).

تسقط ولايته، ولو كان ذلك الضرر حكميًا بأن يصير سفيهًا فإنه تسقط ولايته كذلك هذا[١]، وبالله التوفيق.

|٨٢٣| **مَسْأَلَةٌ:** للابن أن يزوج أمه[٢].

**وقال:** لا يزوج إلا أن يكون من قبيلتها[٣].

لأنه عصبتها فكان له تزويجها كالأب.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ولاية النكاح وضعت لدفع العار عن النسب من العشيرة؛ بدليل أنه قدم فيه الأقرب فالأقرب، والابن لا يتصل نسبه بالأم من جهة الشرف والدناءة، فلا يحلقه العار لعدم الكفاءة فلا يكون له عليها ولاية، كما لا يكون له الولاية على خالته وعلى الأجنبية[٤].

❁ **قِيلَ**: مولى العتاقة يزوج وكذلك الإمام والحاكم، فثبت أنه لم يوضع لدفع العار عن العشيرة، ومعلوم أن ما يلحق الابن بوضع الأم نفسها في غير كفؤ من العار أكثر مما يلحق الأب، والأب يلي فكذلك الابن[٥]، وعلى الرواية التي نقول: يزوج الأخ من الأم، فله أن يزوج الخالة أيضًا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: هو ينتمي إلى أبيه، وأبوه لا يجبرها على النكاح فلا ولاية له.

---

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/١٣٦)، والهداية للمرغيناني (١/٢١١).

(٢) ليس هذا على إطلاقه عند أبي حنيفة ولكن في حالة كون الأم مجنونة أو معتوهة. ينظر: الغرة المنيفة (ص: ١٣٤)، والتجريد (٩/٤٣٨٦).

(٣) ينظر: نهاية المطلب للجويني (١٢/٧٩)، والبيان للعمراني للعمراني (٩/١٦٥).

(٤) ينظر: التهذيب للبغوي (٥/٢٧٩)، والشرح الكبير للرافعي (٧/٥٤٥).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٨٦، ٤٣٨٧)، والغرة المنيفة (ص: ١٣٥).

۞ **قِيلَ**: هو يلي بنفسه من غير واسطة فلا يعتبر أبوه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: هو لا يلي التصرف في مالها.

۞ **قِيلَ**: يلي إذا كانت مجنونة، والأب عنده لا يتصرف في مال الكبيرة ويلي تزويجها(١)، وبالله التوفيق.

|٨٢٤| **مَسْأَلَةٌ:** للحرة البالغة العاقلة تزويج نفسها(٢).

**وقال:** المرأة لا تعقد عقد النكاح، وإنما يزوجها وليها(٣).

عبد الرحمن بن ثروان أن امرأة زوجت ابنتها رجلًا بغير ولي، فارتفعوا إلىٰ عليٍّ فأجاز النكاح(٤).

وعائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب(٥).

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فأضاف النكاح إليها، وصححه لإجازة طلاق الزوج الثاني فيه، وأضاف التراجع بعد زوج الثاني إليهما وهو عقد مستأنف(٦).

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣٨٧)، والمبسوط (٤/٢١٤).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٢٣٧)، والبحر الرائق لابن نجيم (٣/١١٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (٩/٣٨)، وبحر المذهب (٩/٣٤).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٧٩).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢٠٤٠)، والحديث صححه الحافظ ابن حجر في الدراية (٢/٦٠).

(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٢٣٩)، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٦٥٦).

ولأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، أضاف عقد النكاح إليها، والنهي عن العضل لا يدل علىٰ أن له حقًّا في المنع كما تقول: لا تمنع ولا تأمن بيع ملكه[١].

وقالوا: إن الولي قد يمنع من في حجره، ويلاج في الكفؤ يزعم أنه ليس بكفؤ، علىٰ أن الله تعالىٰ قال: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، فنهىٰ الأزواج عن العضل، وإنما يكون ذلك بتطويل العدة عليها وهو أن يطلق ثانيًا في آخر العدة[٢].

وقوله: ﴿فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] أي: قاربن البلوغ، كما قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢][٣].

ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[٤] وإذا استعمل هذا اللفظ بين اثنين اقتضىٰ قطع حق الآخر، كما نقول: الرجل أحق بماله من غيره، والمستحق أحق من المدعىٰ عليه[٥].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»[٦].

---

(١) فيه إشارة إلىٰ الجواب عما استدل به الشافعية، جاء في أسنىٰ المطالب (١٢٥/٣): «قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ أصرح دليل علىٰ اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنىٰ».

(٢) ينظر: التجريد (٤٢٤١/٩)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣٠٠/٥).

(٣) ينظر: أحكام القرآن للطحاوي (٣٢٧/٢)، وأحكام القرآن لابن العربي (٣٩٨/١).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٢١).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٢٤٨/٢)، وتبيين الحقائق للزيلعي (١١٨/٢).

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٠)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٥٧١/٧)، والألباني في صحيح سنن أبي داود (١٨٣٠).

ولأن هذا عقد يعقد بالولاية مرة وبالوكالة أخرىٰ، فكان للمرأة أن تتولاه كسائر العقود.

ولأنها ملكت الإقرار بالعقد فملكت العقد كالرجل(١).

أو نقول: يصح الخلع منها فأشبت الرجل.

أو نقول: ولية في استيفاء القصاص فأشبت الرجل.

ولأن رضاها شرط في العقد، وحقوق العقد ترجع إليها فجاز لها أن تعقد ذلك العقد كالرجل(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روىٰ ابن عباس وعمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي»(٣).

۞ **قِيلَ**: قال يحيىٰ بن معين(٤): ثلاث لا يصح فيه حديث عن النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»، و«كل مسكر حرام»(٥)، و«من مس ذكره فليتوضأ»(٦)، ووافقه أحمد بن حنبل(٧).

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٢٤٨).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٢٤٨)، والمبسوط (٥/١٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٨٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨١)، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٧٥٥٨).

(٤) أخرجه الجصاص في شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٦٨)، قال ابن حجر «ولا يعرف هذا عن ابن معين». التلخيص الحبير (١/٢١٥).

(٥) أخرجه البخاري (٤٣٤٣)، وصحيح مسلم (١٧٣٣).

(٦) أخرجه أبو داود (١٨١)، والترمذي (٨٢)، والنسائي (٤٤٧)، قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٧) هذا الكلام لا يثبت عن يحيىٰ بن معين ولا عن أحمد بن حنبل، وينظر تضعيف سند هذا=

وراويه علي[١]، وقد حكينا أن من مذهبه جواز تزويج المرأة نفسها[٢]، فإذا عقدت فهو نكاح بولي.

قال أبو علي الفارسي: يقال: للمرأة ولي، كما يقال: لها عدو وصديق ورسول؛ يدل عليه أنه لم يخص به الرجل دون المرأة، والرجل إذا عقد بنفسه كان نكاحًا بولي، كذلك هذا.

وأيضًا فإن شرَط وليًّا واحدًا والزوج ولي فهذا نكاح بولي، ولو شرطنا وليًّا للمرأة لشرطنا وليين، ويحمل على نفي التفضيل[٣]، وفائدة تخصيص النكاح أن النكاح لا يصح إلا بشهود، ويعقد في المشاهد في العادة فلا يستحب للمرأة حضورها، وتولي العقد بنفسها.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[٤].

❊ **قِيلَ**: روى هذا الحديث الزهري عن عروة عن عائشة، وقد بينا أن من مذهب عائشة جواز تزويج المرأة وقد زوجت ابنة أخيها.

---

= الكلام في: تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (١/١٥٤).

(١) أي: راوي حديث «لا نكاح إلا بولي» علي بن أبي طالب، وقد مر تخريج الحديث قريبًا، وأن عليَّ بن أبي طالب ممن رواه من الصحابة.

(٢) يعني بذلك الحديث الذي أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٧٩)، بلفظ: «عن الثوري عن أبي قيس عن هزيل أن امرأة زوجتها أمها وخالها فأجاز علي نكاحها».

(٣) قال الغزنوي: «إن صح فهو لنفي الكمال كما في قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» جمعا بين الدلائل». ينظر: الغرة المنيفة (ص: ١٣٣).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وحسنه الترمذي.

وروىٰ معمر أن الزهري سئل عن ذلك، فقال: يجوز إن كان كفؤًا[1]، فدل علىٰ ضعف الحديث، علىٰ أن إثبات الولي لها يدل علىٰ أن الخبر وارد في المرأة التي يلي غيرها عليها وهي المجنونة والصغيرة والأمة؛ يدل علىٰ أنه وارد في الأمة أنه روي بغير إذن مواليها[2] والمولىٰ هو الذي يملك الرق، والخبر يقتضي جواز عقدها بإذن وليها، والمخالف لا يقول به، ومن مذهبه القول بالمفهوم.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الغالب من حالها أن نظرها لا يكمل، وغلبة شهوتها يحملها علىٰ أن تضع نفسها في غير كفؤ، فوجب أن تصير محجورة عليها في ذلك العقد كالأمة والصغيرة والمكاتب.

❁ **قِيلَ**: الغالب أنها تختار ما هو خير لها، وخلاف ذلك نادر، فإن اتفق النادر وألحقت بقومها ضررًا وشينًا جعلنا لهم الفسخ، كما أن الغالب من أمر الأب والوصي أنهم ينظرون للصبي، فجوزنا عقدهما مع جواز عدم النظر، فإن اتفق ذلك وبان أنه باع بغبنٍ فسخنا، وحق المرأة في هذا العقد آكد من حق الولي فاعتبار أمرها أولىٰ[3]، علىٰ أن الأمة والصغيرة يعقدان عقد النكاح بإذن المولىٰ، وهذا موضع الخلاف[4].

والأمة لما وُلي العقد عليها صح العقد بغير إجازتها وإذنها، واستوىٰ حكم ذكورهم وإناثهم، وهاهنا لا يصح إلا بإذنها فوليت ذلك العقد بنفسها، وللذكر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦١٩٩).

(٢) أخرجه أحمد (٢٥٣٢٦)، وأبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٢٤٩)، والدر المختار (ص: ١٨٦).

(٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٤٩)، والبحر الرائق (٤/٣٢٤).

أن يعقد فكذلك للأنثى[1]، وبالله التوفيق.

|٨٢٥| **مَسْأَلَةٌ:** للمولي أن يكره عبده على النكاح[2].

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يكرهه[3]، **وبه قال**[4].

لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ﴾ [النور: ٣٢].

ولأنه يلي بيعه فملك عقد النكاح عليه بغير رضاه كالأمة[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هو من أهل الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر البالغ، ولا معنى للإكراه؛ لأنه يطلق بعقبه[6].

❂ **قِيلَ:** إن قال: إن راجعتك فأنت طالق وقع الطلاق متى راجعها، ولا يمنع من الرجعة والطلاق لما ملكه العبد، لا يملك المولى منه، والعبد لا يملك النكاح فملكه المولى منه كالإجارة، ولو زوج العبد برضاه صح، وإن كان يملك الطلاق بعده[7].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٢٤٩)، والاختيار لتعليل المختار (٣/١٢٣).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٥٠٥)، والهداية للمرغيناني (١/٢١٠).

(٣) لأبي حنيفة روايتان: الأولى: أن للمولى أن يكره عبده أو أمته على النكاح، وهذه هي الرواية الأشهر والأقوى عند الحنفية، والرواية الأخرى: أنه ليس له إجباره على النكاح، وهذه الرواية توافق مذهب الشافعي، ينظر التجريد (٩/٤٥٠٥)، والهداية للمرغيناني (١/٢١٠).

(٤) أي الشافعي. ينظر: الأم للشافعي (٦/١١٥)، وروضة الطالبين (٥/٤٤٢).

(٥) ينظر التجريد (٩/٤٥٠٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٠٤).

(٦) أي: إذا كان يملك الطلاق فلا فائدة في تزويجه مع كراهيته؛ لأنه يطلقها في الحال.

(٧) ينظر التجريد (٩/٤٥٠٦)، والمبسوط (٥/١١٤).

**وقولهم**: لا حظ للمولىٰ في هذا النكاح لأنه لا يكتسب به باطل؛ لأنه سبب في عفاف عبده، ويكره الأب ابنته علىٰ النكاح وإن لم يكن للأب حظ فيه، علىٰ أنه يُلزِم المهر والنفقة ملكه، وهو يملك ذلك فصح[1]، وبالله التوفيق.

|٨٢٦| **مَسْأَلَةٌ:** للمولي أن يزوج أمته اليهودية[2].

**وقال:** لا يزوج[3].

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾ [النور: ٣٢] الآية ولم يفصل[4].

ولأنه يلي بيعها فولي تزويجها كالمسلمة[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لا توارث بين المسلم والكافر فلا تثبت الولاية لأحدهما علىٰ الآخر، كما لا يلي علىٰ الكفار من قرابته[6].

۞ **قِيلَ**: ما يستفاد بالنسب من الولاية يبتني علىٰ الإرث، وهذه الولاية تبتني علىٰ الملك فلا يراعىٰ الإرث فيه؛ لأنه لا يرث من أمته المسلمة ويزوجها، والحاكم يلي علىٰ الكفار؛ لأن تلك الولاية لا ترجع إلىٰ النسب كذلك هذا[7]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (٤٥٠٦/٩)، والمبسوط (١٢٥/٥).
(٢) ينظر: التجريد (٤٣٣٨/٩)، وبدائع الصنائع (٢٤٦/٢).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (١٢/٥)، والبيان للعمراني (٢١٧/٩).
(٤) ينظر: التجريد (٤٣٣٨/٩)، وبدائع الصنائع (٢٤٦/٢).
(٥) ينظر: المصادر السابقة.
(٦) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٤٠٧).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٢٣٠/٧)، والمحيط البرهاني (٣٤٧/٩).

|٨٢٧| **مَسْأَلَةٌ:** يجوز النكاح بلفظ الهبة والصدقة والتمليك والبيع[١].

**وقال:** لا يجوز إلا بلفظ النكاح والتزويج[٢].

روي أن رجلًا وهب ابنته لعبيد الله بن الحر بشهادة شهود فأجاز علي ذلك[٣]؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، فجعل هذا اللفظ جواب الاستنكاح فيكون نكاحًا، وسميت تلك المرأة موهوبة واشتهرت تلك القصة[٤].

وقوله تعالىٰ: ﴿خَالِصَةً﴾ كناية عن مؤنث، فيرجع إلىٰ المرأة، وقوله: ﴿إِن وَهَبَتْ﴾ فعل والفعل لا يؤنث، والهبة غير مذكورة فصرف الكناية إلىٰ المذكور أولىٰ، ولفظ الهبة وجد من قبل المرأة فلو صرفنا الكناية إليه لكان ذلك خالصًا للمرأة دون النبي، علىٰ أن العقد يقع لهما بهذا اللفظ فلا يكون خالصًا للنبي، أو يصرف قوله تعالىٰ: ﴿خَالِصَةً﴾ إلىٰ استباحة البضع بغير مهر[٥]، قال محمد بن الحسن: بلغنا أنه ورد لهذا المعنىٰ[٦].

وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: لا نكاح إلا بمهر وشهود إلا ما كان

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٥٣)، والتجريد (٩/٤٤٠٥).

(٢) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٠٣)، والحاوي الكبير (٩/١٥٢).

(٣) ذكره محمد بن الحسن في الأصل (١٠/١٨٦)، وروىٰ بنحوه: أخرجه البيهقي السنن الكبرىٰ (١٣٨٠٩).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/١٨٦)، والمبسوط (٥/٦٠).
والقصة عن سهل بن سعد في البخاري (٥١٣٥)، ومسلم (١٤٢٥).

(٥) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٢٥)، والتجريد (٩/٤٤٠٧).

(٦) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٢٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٠).

للنبي ﷺ[(١)]، وكان يسهل العدول عن لفظ الهبة إلىٰ التزويج، فالفائدة في التخصيص الاستباحة بغير مهر، ولا يجوز حمل اللفظ علىٰ الجميع؛ لأنه كناية عن مذكور واحد.

ولما روي في حديث سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال للرجل الذي قال: معي سورة كذا وكذا: «ملكتكها بما معك من القرآن». أورد هذا اللفظ مسلم[(٢)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي «أنكحتكها»[(٣)(٤)].

۞ **قِيلَ:** لو صح دل علىٰ جواز العقد باللفظين؛ إذ لو لم يعقد بلفظ التمليك لكان ذكره لغوًا[(٥)].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي: «خذها بما معك من القرآن»[(٦)].

۞ **قِيلَ:** لا نحفظ هذا، ويحتمل أنه قال بعد العقد، علىٰ أنا لا نمنع وقوع العقد به.

ولأن النكاح عقدٌ صحته بالإفهام ويبطل بالتوقيت فينعقد بلفظ

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣٥١٩)، والبيهقي في الكبرىٰ (١٣٣٥٩)، وإسناده ضعيف جدا، أُعل بأبي هارون العبدي ـ اسمه عمارة بن جوين بجيم مصغر ـ وهو متروك، قال ابن عبد البر: أجمعوا علىٰ أنه ضعيف الحديث. ينظر: التهذيب (٣٦٢/٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣١٠)، ومسلم (١٤٢٥)

(٣) أخرجه البخاري (٥١٤٩).

(٤) ينظر: التهذيب (٣١٨/٥)، والشرح الكبير (٣٠٨/٨).

(٥) ينظر: التجريد (٤٤٠٥/٩)، والنتف في الفتاوىٰ للسغدي (٢٥٨/١).

(٦) لم أقف علىٰ هذا اللفظ مسندا، وإنما ذكره السيوطي في عقود الزبرجد علىٰ مسند الإمام أحمد في إعراب الحديث (٦٩/١).

التمليك كالبيع[1].

ولأن النكاح يزال بالحرية ويملك بالشراء كالبيع.

ولأن النكاح يملك به عين البضع على ما نقوله؛ بدليل أنه يصح بالإفهام ويبطل بالتوقيت ويجب البدل حالًّا، ولها منع نفسها لاستيفاء البدل، ويصح العقد على من لا يُنتفع به في الحال، وتمليك الأعيان بهذه الألفاظ جائز؛ دليله تمليك الرقبة.

وإنما يكون المهر لها إذا وطئت بشبهة؛ لأنها عقدت على حق الزوج وسلمت، والمأخوذ بدل عن المنافع فيكون بدل المنافع المستوفاة لها، كما قلنا في الغاصب إذا آجر[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الهبة صريح لتمليك العين، فإذا استعملت في النكاح كانت كناية؛ إذ لم يرد به شرع ولا جرى به عرف فلا ينعقد النكاح بالكناية؛ إذ صحته بالشهود، والشهود لا يشهدون على الضمائر[3].

❁ **قِيلَ:** قد ذكرنا أن في النكاح تمليك العين، وقد ورد الشرع بهذا اللفظ فهو صريح؛ إذ لفظ الهبة في النكاح لا يفيد تمليك الرقبة، وإنما هو تمليك المنافع أو لتمليك البضع فقط فهو صريح فيه، ولفظ التمليك أبلغ في إفادة الملك في الحال من لفظ النكاح والتزويج، فهذا صريح على أن هذا اللفظ ظاهر يتحمله الشهود كما تحملوه في نكاح النبي ﷺ، وتصح الشهادة على الكنايات في

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٦٨/٤)، والتجريد (٣٥١٠/٧).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٥٥/٨)، والمبسوط (٤٢/٢١).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٥٦/١٣)، والبيان للعمراني (١٣٣/٨).

الطلاق فبطل ما قاله[1].

❊ **فَإنْ قِيلَ:** الهبة ها هنا تنصرف إلىٰ المنافع ؛ لأن النكاح يرد عليها ، وهبة المنافع عارية أو إجارة ، والنكاح لا ينعقد بواحد من هذين اللفظين ، فكذلك بالهبة[2].

❁ **قِيلَ:** يرد علىٰ العين ، وقد بينا علىٰ أن التزويج ينصرف إلىٰ المنافع أيضًا ، ولم يُجعل ذلك عارية ، كذا هذا ، وحُكي في شرح المختصر عن أبي الحسن جوازه بلفظ الإجارة ، وأما لفظ العارية والحل والإباحة والإمتاع لا يصح التمليك ، فلذلك لا ينعقد به نكاح ، وأما لفظ الوصية إن قال: أوصيت لك ببضع ابنتي في الحال كان نكاحًا[3] ، وبالله التوفيق.

|٨٢٨| **مَسْأَلَةٌ:** يُكرِه أم ولده علىٰ النكاح[4].

**وعلىٰ أحد أقاويل الشافعي:** لا يزوجها إلا بإذنها[5].

ولا بإذنها في **القول الثالث**[6].

لنا: أنه يطؤها بحق الملك فأشبت الأمة[7].

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٠)، والمحيط البرهاني (٦/٤٢٢).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٥٤)، والمهذب (٢/٣٤٤).
(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٤٧)، والتجريد (٧/٣١٩٩).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٥/١٦٤)، والتجريد (٩/٤٤٧٦).
(٥) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٤١٨)، ونهاية المطلب (١٩/٥٠٣).
(٦) ينظر: نهاية المطلب (١٩/٥٠٣)، والشرح الكبير (١٣/٥٨٨).
(٧) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٥٣٤)، والتجريد (٩/٤٤٤٧).

ولأن النكاح تملك به المنافع فأشبه الإجارة(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الملك ناقص فأشبه المكاتب(٢).

۞ **قِيلَ**: المكاتب يزوج أمته مع نقصان الملك، وعدم الملك لا يمنع التزويج؛ لأنه يزوج ابنته، فنقصانه أولىٰ، والمكاتبة خارجة عن يده وتصرفه؛ بدليل أنه لا يطؤها ولا يؤاجرها، وهي أحق بنفسها، فلذلك لا يزوجها(٣)، وبالله التوفيق.

|٨٢٩| **مَسْأَلَةٌ:** يصح النكاح إذا قال الزوج: قبلت(٤).

**وعلىٰ أحد قوليه:** لا يصح حتىٰ يقول: قبلت النكاح أو التزويج(٥).

لأن قوله: قبلت جواب، والجواب يتضمن ما مضىٰ؛ بدليل قوله تعالىٰ: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤] معناه: نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقًا، فصار كأنه قال: قبلت النكاح فيصح(٦).

ولأنه عقد يتضمن القبول فيصح بقوله: قبلت؛ دليله البيع(٧).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** يستباح به عضو فلا يصح إلا بالصريح كالإقرار بالسرقة(٨).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٩٢)، والتجريد (٩/٤٤٢٠).
(٢) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٢٢)، والحاوي الكبير (٩/٤٥٦).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٥/٢٢٣)، والتجريد (٧/٣٥٣٦).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٢٦)، والمبسوط (٥/٩٨).
(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٢/١٧٦)، والتهذيب (٥/٤٩٩).
(٦) ينظر: المحيط البرهاني (٣/٩٨)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٢٦).
(٧) ينظر: المحيط البرهاني (٣/٩٨)، والبحر الرائق (٣/٨٩).
(٨) ينظر: الحاوي الكبير (١/٣٨٧)، ونهاية المطلب (٤/٣١٨).

۞ **قِيلَ**: الحد يدرأ بالشبهة، ويراعىٰ صريح الإقرار فيه، والنكاح لا يرفع للشبهة، ولا يراعىٰ صريح اللفظ، علىٰ أن هذا اللفظ صريح في قبول العقد[١]، وبالله التوفيق.

|٨٣٠| **مَسْأَلَةٌ:** ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين، ويثبت عند الحاكم بمثله وكذلك الطلاق[٢].

**وقال:** لا ينعقد ولا يثبت[٣].

روي مثل قولنا عن عمر[٤] وعلي[٥]، وروىٰ أبو بردة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشهود»[٦]، والشهود جمع، والجمع الصحيح ثلاث، ولا يشترط الثلاث إلا في هذا الموضع، فتعين الخبر فيه، والذكور والإناث إذا اجتمعوا عبر عنهم بلفظ الذكور حقيقة[٧].

ولأن هذا عقد يعقد بالتراضي ويعتاض عليه فجاز إثباته عند الخصومة برجل وامرأتين كالبيع، وما جاز إثباته عند الحاكم به جاز انعقاده بمثله كالرجل[٨].

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٥/٢٢٣)، والحجة علىٰ أهل المدينة (٤/١٣٢).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٥)، والمبسوط (٥/٣٢).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٧٢)، والحاوي الكبير (١٧/٨).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٩٥).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤٧٩)، وابن أبي شيبة (١٦٢٠٥)، عن هزيل قال: رفعت إلىٰ علي امرأة زوجها خالها وأمها، قال: فأجاز علي النكاح.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٠٨٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨١)، والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع (٧٥٥٨).

(٧) ينظر: المبسوط (٦/١٥٠)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨٠).

(٨) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢١١)، والمحيط البرهاني (٣/٣١).

ولأن لإذنها تأثيرًا في جواز العقد فأثر حضورها في الانعقاد كالرجل.

ولأنه يثبت بالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي على القاضي، ولا يدرأ بالشبهة، ولو أقر ثم رجع لم يصح فيُقبل فيه شهادة النساء؛ دليله سائر العقود[١].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[٢]، ولا يدخل في اسم الشاهدين إلا أن يكونا رجلين، فدل على أنه شرط[٣].

❁ **قِيلَ:** الخبر يقتضي جوازه برجل وامرأتين لوجود الشاهدين وزيادة، على أن المرأتين شاهد واحد من طريق الحكم، قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] تقديره: فإن لم يكن الشهيدان رجلين فرجل وامرأتان يشهدان؛ لاستحالة أن يقول: فإن لم يكن الرجلان رجلين، ولا يراد به فإن لم يوجدا لاتفاقنا على جواز شهادة النساء مع وجود الرجال[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الأبضاع لا تجري فيها الإباحة، فلا تُقبل فيها شهادة النساء؛ دليل القصاص[٥].

❁ **قِيلَ:** بضع الجواري لا يستباح بالإباحة، ويُقبل على شرائهن شهادة

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥١٧)، والمبسوط (٥/١٣٨).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٩٩). وفيه انقطاع، وراوٍ متروك، ينظر: المراسيل لابن أبي حاتم (١٢١) ومجمع الزوائد (٧٥٢٥)، ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلا وقال: «وهذا وإن كان منقطعا فإن أكثر أهل العلم يقولون به». ينظر: التلخيص الحبير (١٥٠١).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٧٢)، والحاوي الكبير (٨/١٧).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١١/٥١٩)، والتجريد (٩/٤٣٧٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٧٧)، ونهاية المطلب (٦/١٢٤).

النساء، ويبطل أيضًا بالرضاع والموت ورؤية الهلال[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لا تقبل شهادة النساء في إتلافه وهو الزنا فلا تقبل في استحقاقه[2].

۞ **قِيلَ:** لم ترده إلىٰ أصل، ويُملك بالنكاح عين البضع، وليس في الوطء إتلاف العين، ولا يقبل في إتلاف العبد بالقصاص شهادة النساء، ويقبل في استحقاقه، والقصاص وإن كان فيه إتلاف الدم ففيه إتلاف الشخص أيضًا، ولا يُبطل المخالف حكم المال حال القتل؛ بدليل أنه يوجب عند سقوط القصاص قيمته بالغة ما بلغت[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** ما خص من بين جنسيه بشاهدين كان شرطهما الذكور كالزنا[4].

۞ **قِيلَ:** إن أردت به حال وقوع الفعل وتحمل الشهادة فالزنا يقع ويصح من غير شهود فلم يُخص من بين جنسه، وإن أردت به الإثبات فالبيع لا يثبت إلا بالشهادة أيضًا، فلم يخص الناكح، ثم التخصيص يجب أن يكون من جنس الأصل، وفي الحدود لا يقبل إلا الرجال، ويزاد في الزنا من جنسيه، وفي العقود يقبل قول النساء، وإذا أوجب أوجب من جنسيه[5].

ولا يقاس علىٰ الأمة؛ لأنها ليست من أهل الشهادة، ويستوي ذكورهم

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣٧٤)، والمبسوط (٥/٨١).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٧/٨٩)، واللباب في الفقه الشافعي (ص: ٤١١).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٩٠)، والبحر الرائق (٧/٨٥).
(٤) ينظر: نهاية المطلب (١٩/٤٦)، والوسيط في المذهب (٦/٤٤٨).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٧٣)، وبدائع الصنائع (٦/٢٧٩).

وإناثهم كذلك ها هنا وجب أن يستوي الذكور والإناث[١]، وبالله التوفيق.

| ٨٣١ | **مَسْأَلَةٌ:** ينعقد النكاح بشهادة فاسقين أو محدودين في قذف[٢].

**قَالَ:** لا ينعقد[٣].

روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بشهود»، ولم يشترط العدالة، ولأنه يلي عقد النكاح[٤] لنفسه بنفسه فجاز أن يكون شاهدًا في عقد مثله كالعدل[٥].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

❁ **قِيلَ:** هو عدل بإيمانه، وأيضًا هو عدل بحضوره مجلس النكاح، ويجوز أن يكون عدلًا في شيء فاسقًا في شيء، كما يكون مطيعًا عاصيًا، وهو أن يتصدق بيد ويسرق بأخرى، على أن الفسق مظنون به؛ إذ يجوز أن يكون ندم، والندم توبة، وهذا الظن يلحق العدل أيضًا، ولا يخرجه من أن يكون شاهدًا[٦].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** كل موضع يحتاج فيه إلى الشهود فإن فسقهم يخرجهم عن حكم الشهادة؛ دليله حال الأداء وسائر الشهادات[٧].

❁ **قِيلَ:** الفاسق من أهل الشهادة؛ بدليل أن حاكمًا لو حكم بشهادته جاز،

(١) ينظر: الأصل للشيباني (١١/٥١٩)، والتجريد (١٠/٥١٦٩).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٣٥٧)، والبحر الرائق (٧/٥٠).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٠)، وبحر المذهب (٦/٤٨).
(٤) كتب فوق: (يلي عقد النكاح): (يعقد).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٦٥)، والمبسوط (٥/٣١).
(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٦)، والتجريد (٩/٤٣٢٣).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٠)، وبحر المذهب (٦/٤٨).

وكذلك المقذوف، ولو شهد وهو فاسق فردت شهادته، ثم عدل فأدي لم تقبل فثبت أن المردود شهادة، وإنما ترد شهادة حالة الأداء للتهمة، ولا تهمة في الحضور فساوى العدل فيه، وترد شهادة الصغير لصغره، وشهادة الرقيق لرقه؛ بدليل أنه لا تختلف بصلاحه وفسقه، وذلك موجود حالة العقد والأداء؛ فلذلك لم ينعقد[1].

على أن النكاح ينعقد بشهادة العدو، والمغفل، والرجل من عرض الناس لا يعرف بعدالة ولا فسق، ولا يثبت الأداء بشهادتهم[2]، وبالله التوفيق.

|٨٣٢| **مَسْأَلَةٌ:** مسلم تزوج ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف[3].

**وقال:** لا يجوز[4].

لأن الذمي يجوز أن يكون وليًا في هذا العقد، فجاز أن يكون شاهدًا، كما لو كانا ذميين[5].

ولأن من قِبل الرجل المال، ويجوز بدله من غير شهادة، ومن قِبلها البضع ويحتاج فيه إلى الإشهاد، وقد أشهد عليها ما يكون حجة عليها إذا جحدت فصح، كما لو أشهد مسلمَين[6].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٣٦٤)، والمبسوط (٥/٣١).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٣٦٣)، والبحر الرائق (٧/٧٧).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٣٦٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٣).
(٤) ينظر: الشرح الكبير (٧/٥٥٦)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص: ٣٥٨).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٦٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٣).
(٦) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٧٦)، والتجريد (٩/٤٣٦٧).

وقوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» يقتضي عدالة الفعل، وقد حصل.

❊ فَإِنْ قِيلَ: الإشهاد حق لله تعالىٰ، والمسلم هو المخاطب به، فوجب أن يُشهد من يكون شاهدًا في حقه(١).

❊ قِيلَ: خوطب الرجل بإشهاد من يقدر علىٰ إثبات العقد به إذا جحدت وقد فعل ذلك(٢)، وبالله التوفيق.

|٨٣٣| مَسْأَلَةٌ: إذا ذهبت بكارتها بالزنا زوجت كما تزوج الأبكار عند أبي حنيفة(٣).

وقال: تزوج كما تزوج الثيب وأذنها بالكلام(٤).

لأن النبي ﷺ جعل سكوت البكر رضًا؛ لأنها تستحيي، وبما فعلت لم تصر برزةً ويزيدها حياءً مع أبيها، وهذا الفعل مما يستر ويستحىٰ عنه، وإذا بقيت علة الحكم بقي الحكم(٥).

ولأن النبي ﷺ قال: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»(٦) سماها بكرًا بعد الزنا، وإذا بقي هذا الاسم لها بالشرع دخلت تحت قوله: «البكر تستأمر في

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢١٣/١٧)، والمهذب (٣٠٤/٢).
(٢) ينظر: التجريد (٤٠٥١/٨)، والمبسوط (٣٤/٥).
(٣) ينظر: التجريد (٤٣١٩/٩)، ولسان الحكام (ص: ٣٩٢).
(٤) ينظر: المهذب (٤٣٠/٢)، والبيان للعمراني (١٨٢/٩).
(٥) ينظر: التجريد (٤٣١٩/٩)، ولسان الحكام (ص: ٣٩٢).
(٦) أخرجه مسلم (١٦٩٠).

نفسها، وإذنها صماتها»[1]، وأجري عليها أحكام الأبكار.

ولأن بكارتها زالت بمعنىً لم يوجب مهرًا ولا عدة، فلم يتعلق به شيء من أحكام النكاح، كما لو زالت بوثبة أو حيضة.

ولا يصح احتجاجهم بقوله عليه السلام: «والثيب تشاور»؛ لأنه مبني على قوله: «البكر تستأمر في نفسها» وقد بينا أنها بكر في الشرع[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هذه اختبرت الرجال فأشبهت الموطوءة بنكاح فاسد[3].

❁ **قِيلَ:** إذا ذهبت بكارتها بزوج وإن كان النكاح فاسدًا فهي لا تستحي من أبيها ووليها، فلم يجعل سكوتها رضًا، وهذه وإن كانت وقحة في الزنا فتستحي من أبيها وتستر هذا الفعل[4].

وأما إذا أوصى لأبكار بني فلان، فإن هذه لا تدخل في الوصية؛ لأنه لم يجعل علة الدخول في الوصية الحياء، وجعل علة الرضا بالسكوت الحياء وقد بقي[5]، وبالله التوفيق.

|٨٣٤| **مَسْأَلَةٌ:** الأب والجد إذا زوجا الابنة من غير كفؤ أو بأقل من مهر مثلها أو زوجا الابن امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز في قول أبي حنيفة، ولا يبلغ

(١) أخرجه البخاري (٦٩٤٦)، ومسلم (١٤٢٠).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٣٨٠)، والمبسوط (٥/٨).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٨)، ونهاية المطلب (١١/٣٢٠).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٣٢١)، والمبسوط (٥/٢١٢).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٣٨٢)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤٨).

به كمال المهر[١].

**وقال:** إذا زوَّج من غير كفؤ لم يجز، وكذلك إذا نقص من المهر على أحد قوليه، وعلى قوله الثاني: إن نقص من المهر كمل لها[٢].

عمر أن النبي ﷺ ما أصدق أحدًا من نسائه أكثر من ثنتي عشر أوقية ونش[٣]، وذلك خمسمائة، ومعلوم أن مهر مثل عائشة كان أكثر من ذلك، وقد زوجها أبوها وهي صغيرة[٤].

وروي أن النبي ﷺ زوج فاطمة على صداق أربعمائة درهم[٥].

ولأن الغرض من النكاح الوصلة والدخول في الجملة وما يرجى من صلاح العاقبة لا البدل؛ بدليل أنه لا ينادى عليه في الأسواق، ولا يزايد عليه، وقد وجد العقد ممن تمت ولايته، وكملت شفقته، فلم يظهر غبن فيه فصار بإزاء ما فوت استدرك[٦] فجاز، كما لو زوج من كفؤ بمهر المثل[٧].

ولا يلزم الأب إذا أبرأ بعد التسمية؛ لأنه لم يُحصِّل لها بإزاء ما حط شيئًا؛

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٥٠)، والمبسوط (٥/١٠).

(٢) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٥٩)، والوسيط في المذهب (٥/٨٨).

(٣) النش: نصف الأوقية، وهو عشرون درهما، والأوقية: أربعون، فيكون الجميع خمسمائة درهم. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٥/٥٦).

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٠٦)، وابن ماجه (١٨٨٧)، والترمذي (١١١٤)، والنسائي (٣٣٤٩). قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٥) أخرجه ابن المغازلي في مناقب علي (٤٠٠)، وعن علي رضي الله عنه قال: زوجني رسول الله ﷺ فاطمة على أربعمائة وثمانين درهماً وزن ستة. وضعفه الهيثمي في المجمع (٧٤٩٦).

(٦) أي: أنه حصّل لها مقابل ما فوت عليها.

(٧) ينظر: التجريد (٩/٤٤٥٣).

وفي ابتداء العقد حصل لها الحظ من الزوج بإزاء ما نقص، وذلك أنفع لها[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الأب نصب ناظرًا لها فلا ينفذ عليها من فعله ما يظهر ضرره عليها؛ دليله لو أعتق عبد ابنه[2].

❁ **قِيلَ:** لا يظن بالأب الإضرار بولده، فالظاهر أنه حصَّل لها خيرًا مما فوت[3]، وبالله التوفيق.

|٨٣٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا زوج أحد الأولياء من غير كفؤ لم يكن لمن في درجته الاعتراض على العقد في قول أبي حنيفة ومحمد[4].

**وقال:** لا يثبت إلا باجتماعهم، فمنهم من حمل هذا القول على أن العقد لا ينعقد، ومنهم من حمله على أن النكاح صحيح وللباقين الاعتراض[5].

لأن الاعتراض على العقد لعدم الكفاءة إلى الأولياء، وما يكون إلى الأولياء فالواحد يقوم به كالتزويج[6].

ولأن كل واحد منهم تام الولاية جعل له الفسخ لما يلحقه الشين، وذلك لا يتجزأ؛ إذ لا يلحق أحدهم ثلث الشين والآخر ربعه، فإذا رضي أحدهم جاز على جميعهم؛ دليله العقد[7].

(١) ينظر: التجريد (٦/٣٠٨٣)، والمبسوط (٤/٢٢٥).
(٢) ينظر: نهاية المطلب (٤/٣٩٤)، والشرح الكبير (١٢/٤٤٤).
(٣) ينظر: المبسوط (٤/٢١٨)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٨).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٣١٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٧).
(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٦)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٥٩).
(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٣١٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٧).
(٧) ينظر: التجريد (٧/٣٦٧٤)، وبدائع الصنائع (٢/٣١٨).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لجميعهم حق الولاية في هذه الحالة، فرضىٰ بعضهم بإسقاط حقه لا يسقط حق الآخرين كالشفعة وحد القذف وحبس الرهن إذا ثبت لجماعة فترك أحدهم حقه فإن حق الباقين لا يسقط كذلك هذا؛ إذ لا يقدر واحد منهم علىٰ إسقاط حق الآخر أصلًا من غير نقل إلىٰ عوض، وأما التزويج فهو استيفاء حق، وليس فيه إبطال حق(١).

❊ **قِيلَ**: ولاية النكاح لا تتبعض، ولو زوج واحد سقط حق الباقين، وإن كان الحق الواجب لجماعة لا ينفرد واحد باستيفائه، كذلك إذا رضي واحد لم يكن للباقين حق الاعتراض عليه، ولو عفا أحد الأولياء عن القصاص سقط حق الباقين من الدم، وانتقل نصيبهم مالًا من غير نقله وهو مسقط غير ناقل(٢).

ولا يجوز اعتبار لحوق العار بجميعهم؛ لأن الأب لو زوج من غير كفؤ لم يكن للأب فسخ العقد، وكذلك العم لا يعترض علىٰ عقد الأخ وإن كان العار يعمهم(٣).

وإذا زوجت هي نفسها من غير كفؤ فللأولياء الاعتراض؛ لأنها تتصرف لنفسها فسقوط حقها لا يوجب سقوط حق آخر ليس من جنسه، وهم يتصرفون بولاية لا تتبعض، فرضىٰ أحدهم يلزم الباقين الرضا به(٤)، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٥٤٧)، وبحر المذهب (٧/٢٤٦).

(٢) ينظر: التجريد (١١/٥٥٦٥)، والاختيار لتعليل المختار (٣/٩٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٥٦)، والمحيط البرهاني (٧/٤٤٧).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/١٩٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٥٥).

|٨٣٦| **مَسْأَلَةٌ:** إذا انتسب الزوج إلىٰ قبيلة فوُجد بخلافه جاز العقد[١].

**وعلىٰ أحد قوليه:** لا يجوز العقد سواء وُجد مثلها أو دونها أو فوقها[٢].

لأن اختلاف النسب لا يوجب اختلاف العين، والعقد تناول العين، والعين واحدة فصح، كما لو أشار إلىٰ أسود، وقال: زوجت منك هذا الأبيض[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** ما لا يتعاقب علىٰ الشخص الواحد إذا وقع العقد علىٰ صفة فوجد بخلافه بطل العقد، كما لو اشترىٰ دابة علىٰ أنها بغل فإذا هي حمار[٤].

۞ **قِيلَ:** يبطل بمن تزوج امرأة علىٰ أنها بيضاء، أو حسناء، أو بكرًا، أو غير رتقاء، أو قال: بعت منك هذه النعجة فوجد بخلافه، فإن العقد لا يبطل، وفي البغل والحمار اختلف المعقود عليه؛ فلذلك بطل وهاهنا العقد لم يتناول النسب، وإنما تناول الشخص وهو غير مختلف فصح[٥].

ولا يصح قولهم: «أن عقد النكاح علىٰ الصفة بدليل أنه لو لم يعين المرأة صح النكاح»[٦].

۞ **قِيلَ:** ينعقد النكاح بالمسمىٰ؛ بدليل أنه لو لم يصف صح أيضًا، ويبطل بالبيضاء والسوداء[٧]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (٤٣٤٩/٩)، وبدائع الصنائع (٣٢٢/٢).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩٤/٧)، وبحر المذهب (٦٨/٩).
(٣) ينظر: التجريد (٤٣٤٩/٩)، وبدائع الصنائع (٣٢٢/٢).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٧/٦)، والمهذب (٤٥٢/٢).
(٥) ينظر: التجريد (٤٣٥٠/٩)، والمحيط البرهاني (٣٣/٣).
(٦) ينظر: بحر المذهب (١٤١/٩)، وأسنىٰ المطالب (١٣٦/٣).
(٧) ينظر: التجريد (٢٣٥٣/٥)، وبدائع الصنائع (٢٨٤/٢).

|٨٣٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أسلمت المرأة والزوج كافر، أو أسلم الزوج والمرأة غير كتابية وذلك في دار الإسلام أجبر الكافر على الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق الحاكم بينهما(١).

**وقال:** إن كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال، وإن كان بعد الدخول لم تقع الفرقة حتى تنقضي العدة(٢).

وروي عن عمر أنه كتب حين أسلمت دهقانة(٣) نهر الملك(٤) إلى أبي موسى: أن اعرض على زوجها الإسلام، فإن أبى ففرق بينهما(٥).

وقال ابن عباس: يفرق بينهما(٦).

ولأن هذا كفر صح العقد معه والطارئ هو الإسلام، والإسلام لا يبطل العقد، ولا يجوز البقاء على ما هما عليه، والعرض ممكن فوجب أن يخاطب بإزالة ما يمنع البقاء، فإن أزال وإلا فرق بينهما، كما لو أقر الزوج بأنها أخته ودوام عليه؛ لمَّا عرض ما يمنع البقاء ولم يُزل وجب التفريق(٧).

---

(١) وقيل: إن أسلمت الحربية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيضات، والزوج على دينه فإذا حاضت بانت منه. ينظر: شرح معاني الآثار (٣/٢٥٨)، والتجريد (٩/٤٥٤٢)، والمبسوط (٥/٥٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٥٩)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٦٤).

(٣) الدهقان: الكبير من كفار العجم. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ١٧٢)، ولسان العرب (١٣/١٦٤).

(٤) دهقانة نهر الملك: امرأة كانت لها ضياعٌ كثيرة على نهر الملك، وهو اسم نهر كبير يأخذ من الفرات. ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ٨٧).

(٥) ذكره القدوري في التجريد (٩/٤٥٤٥). وروي عن عمر بن الخطاب بلفظ أخر؛ أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٦١٤).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٠٠٧٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٢٦٧).

(٧) ينظر: التجريد (٩/٤٥٤٤)،.

وأما إذا كان ذلك في دار الحرب فالعرض فائت فضرب من المدة ما يقدر الزوج علىٰ استدراك الملك فيه، وأقل مدة ضربت لاستدراك الملك فيه ثلاث حيض.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الفرقة إذا صدرت عن اختلاف الدينين مع حصول الدخول فإنها لا تتحقق مع بقاء زمان العدة، كما لو كانا في دار الحرب(١).

❁ **قِيلَ:** الفرقة تجب لامتناعها عن الإسلام بعد العرض؛ لأنها قد تكون كتابية فيختلف الدينان ولا يُفرق؛ لأن العرض لم يجب، وقد مضىٰ الجواب عن دار الحرب، أو نقول: الفرقة إذا وجبت لاختلاف الدينين في دار الإسلام لم تقف علىٰ انقضاء زمان العدة، كما لو كان ذلك قبل الدخول(٢)، وبالله التوفيق.

|٨٣٨| **مَسْأَلَةٌ:** ارتداد أحد الزوجين يوقع الفرقة(٣).

**وقول الشافعي فيه** مثل قوله في إسلام أحد الزوجين(٤).

لأن في الردة تحريمًا لا توقيت فيه، فإذا طرأ علىٰ العقد وخوطب أحدهما باعتقاد التحريم في الآخر وقعت الفرقة كالرضاع.

ولأنه كفر طارئ يوجب الفرقة فيوجبه في الحال، كما لو كان قبل الدخول.

---

(١) نقله القدوري عن الشافعية. ينظر: التجريد (٩/٤٥٤٤).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٥٤٤).

(٣) إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت البينونة بينهما فرقة بغير طلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد إن كانت الردة من الزوج فهي طلاق وإن كانت منها فهي فرقة بغير طلاق. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢١٥)، والجوهرة النيرة (٢/٢٤).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٥/٥٢)، والحاوي الكبير (٩/٢٩٥).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الفرقة إذا صدرت عن اختلاف الدينين لم تتحقق في الحال مع وجود الدخول، كما لو أسلم أحد الزوجين[1].

❁ **قِيلَ:** الطارئ ثمة الإسلام، والإسلام لا تحريم فيه، وفي الردة تحريم؛ بدليل أنه ينفي ابتداء النكاح من كل وجه فجاز أن يكون موقعًا الفرقة، وإذا ارتدا معًا فلم يختلفا في دين ولا حكم دار، ولاختلاف الدين تأثير في الفرقة؛ فلذلك اختلفا[2]، وبالله التوفيق.

|٨٣٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا ارتد الزوجان معًا لم ينفسخ النكاح استحسانًا[3].

**وقول الشافعي فيه كقوله في ارتداد أحدهما**[4].

لأنه لم يبلغنا أن أبا بكر أمر أهل الردة حين أسلموا بتجديد النكاح بينهم وبقوا على النكاح الأول[5].

ولما لم يكن عرف تاريخ بين ردة الزوج والمرأة جعل كارتدادهما معًا، كما نقول في الغرقى.

ولأنهما لم يختلفا في دين ولا حكم دار فصار كالكافرين إذا أسلما.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لا يحل بينهما نكاح بحال لمكان الدين فوجب أن لا يدوم

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٩٥).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٥٤٩)

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١١٦)، والتجريد (٩/٤٥٥١).

(٤) الأم للشافعي (٥/٥٢)، والحاوي الكبير (٩/٢٩٦).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٥٥١)، وقال الماوردي: «فأما الجواب عن إقرار أبي بكر ﷺ لأهل الردة على مناكحهم فلأنهم أسلموا قبل انقضاء العدة». ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٩٦).

النكاح بينهما، كما لو ارتد أحدهما[١].

﴿ قِيلَ: ما منع ابتداء النكاح نفاه أصلًا، فلو كان طريانه يوجب الفرقة لأوجب في الحال كردة أحدهما قبل الدخول، على أنا لا نقرهما على هذا النكاح؛ لأنا نمنعه من وطئها، ونقتل الرجل لو لم يسلم[٢].

وأما إذا ارتد أحدهما فقد اختلفا في الدين، وهذا المعنى يوجب الفرقة ويؤثر فيه كزوج الوثنية يسلم فإنهما لا يبقيان على النكاح أبدًا، ولو أسلم أو بقيا على كفرهما بقيا على النكاح، وقد يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء كالعدة والكتابة، وبالله التوفيق.

|٨٤٠| **مَسْأَلَةٌ:** الحربيان إذا سُبيا معًا فهما على النكاح [٣].

**وقال:** انفسخ النكاح بينهما[٤].

لأن النكاح قد صح والطارئ هو الرق، وابتداء النكاح بينهما على هذه الحالة جائز، فطريانه لا يرفعه كما لو خرجا إلينا مسلمين.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** حدوث الملك عليها بالسبي قاطع للنكاح، كما لو سُبيت وحدها[٥].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٩٦/٩).

(٢) ينظر: التجريد (٤٥٥١/٩).

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٣٣٩/٢)، وأحكام القرآن للجصاص (٨٢/٣).

(٤) في انقطاع النكاح وجهان، سواء أسلما أم لا، أصحهما: لا ينقطع إذا لم يحدث رق. ينظر: الشرح الكبير (٤١٦/١١)، وروضة الطالبين (٢٥٤/١٠).

(٥) ينظر: الشرح الكبير (٤١٦/١١)، وروضة الطالبين (٢٥٥/١٠).

۞ قِيلَ: إذا سُبيت وحدها لم يكن القاطع للنكاح حدوث الملك، بل القاطع له اختلافهما في الدار، وكل واحدٍ منهما من أهل هذه الدار التي هو فيها[1]، ألا ترىٰ أن أحد الزوجين لو خرج مسلمًا بطل النكاح لاختلاف الدار؟ ولو خرجا معًا لم يبطل؟ ولو كان حدوث الملك مبطلًا لم يختلف وجوب الملك فيه، كمن ملك امرأته فإن النكاح يفسد ملكه شراءً أو إرثًا، ولو زوج عبده أمته ثم باعهما أو وهبهما لم يبطل النكاح، فدل علىٰ أن حدوث الملك علىٰ هذا الوجه غير مبطل للنكاح.

ولا معنىٰ لقولهم: «ابتداء السبي يمنع النكاح لأنه يُملك أولًا ثم يجوز إذن المولىٰ له في النكاح»؛ لأنا متىٰ حكمنا بالسبي حكمنا بالملك وثبوت ولاية النكاح عليه للمولىٰ، وقبل ذلك هي حرة، والحرة بعوض العقد عليها.

ولا معنىٰ لقولهم: «إن السابي يملك علىٰ إبطال العقود كما يقدر علىٰ إبطال الأملاك».

۞ قِيلَ: السابي يملك رقبة المسبّىٰ، ولا يملك المسبىٰ الأعيان بعد ذلك ابتداءً فلا يبقىٰ ملكه عليها، ويعقد عقد النكاح ابتداءً فلا يبطل النكاح بينه وبين امرأته[2]، علىٰ أن سائر أملاكه يخلفه غيره فيه فيزول ملكه عنه، ولا يخلفه في النكاح غيره فلا يبطل نكاحه، ولو كانت الأمة المسبية امرأة لمسلم أو حربي بطل النكاح بسبيها، وإن كان السابي لا يقدر علىٰ إبطال حق المسلم فبطل ما اعتبره، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/٨٦)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٩).

(٢) ينظر: التجريد (١٢/٦١٨٢)، والمبسوط (٦/٨٦).

|٨٤١| **مَسْأَلَةٌ:** حربي أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، أو أختان تزوجهن في عقدةٍ واحدة فإنه يفرق بينه وبينهن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[١].

**وقال:** يختار منهن أربعًا ويفارق سائرهن[٢].

لأن هذا تحريم جمع يحظره الشرع فلا يخير فيه بعد الإسلام، كالمرأة إذا زوجت نفسها من رجلين ثم أسلمت فإنها لا تخير فيه[٣].

ولأنه لما أسلم بانت الخامسة لاستحالة بقاء المسلم على خمس، فلو خيرناه خيرناه بين نسائه وغير نسائه فلم يجز، كما لو اختلطت امرأته بأجنبيات فإنه لا يخير فيه[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن غيلان أسلم وعنده[٥] عشر نسوة، فقال النبي ﷺ: «اختر منهن أربعًا وفارق سائرهن»[٦].

وفيروز الديلمي أسلم وعنده[٧] أختان، فقال عليه السلام: «اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى»[٨].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٥١٧)، والمبسوط (٥/٥٣)، وشرح معاني الآثار (٣/٢٥٢).

(٢) ينظر: المهذب (٢/٤٥٦)، والشرح الكبير (٨/٤٥).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٥١٧)، والمبسوط (٥/٥٣).

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٥٢٠)، وبدائع الصنائع (٢/٣١٤).

(٥) كتب فوقها: «وتحته».

(٦) ينظر: المهذب (٢/٤٥٦)، والتهذيب (٥/٣٩٠).
والحديث أخرجه أحمد (٤٦٠٩)، والترمذي (١١٢٨)، وابن ماجه (١٩٥٣).

(٧) كتب فوقها: «تحته».

(٨) ينظر: شرح معاني الآثار (٣/٢٥٥). =

۞ قِيلَ: يحتمل أن العقد منهم كان قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع[(١)]، يوضح ذلك أن مكحولًا قال في حربي أسلم وتحته أختان: إنه يُفرق بينه وبين الأختين، فقيل له: أين تخيير رسول الله ﷺ، فقال: كان ذاك قبل نزول الفرائض[(٢)]، وراوي حديث غيلان الزهري، وروي عنه أنه قال: يفرق بينه وبينهن[(٣)]، فلما أفتىٰ بخلاف ما روي ثبت أنه علىٰ ما قلنا، وروي في حديث فيروز أنه قال: «طلق أيهما شئت»؛ فدل علىٰ أن العقد كان صحيحًا عليهما، ومتىٰ صح العقد ثم حرمت واحدة بغير عينها خُير فيه، كما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق.

وأيضًا قوله: «اختر منهن أربعًا»؛ لتبتدئ العقد عليهن، وليس في الخبر أنه يستبقيهن بالعقد الأول، وتخصيصهن بالذكر لا ينفي ثبوت هذا الخيار له في غيرهن[(٤)].

ولا معنىٰ لقولهم: «إن ما يجوز ابتداء النكاح عليه يخير فيه بعد الإسلام كالنكاح في العدة وبغير شهود، وربما قالوا: يجوز أن يكون حكم ما وقع في حال الكفر أخف» لأن هذا يبطل بالمرأة إذا زوجت نفسها من رجلين، علىٰ أن النكاح في العدة وبغير شهود يستبقيه المسلم؛ لأن استدامة الشهود ليس بشرط، وطريان العدة علىٰ النكاح لا تبطله فلم يقع من الكافر باطلًا فجاز أن يُخير فيه،

= والحديث أخرجه أحمد (١٨٠٤١)، وأبو داود (٢٢٤٣)، والترمذي (٤٢٨/٣). قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(١) ينظر: المبسوط (٥٥/٥)، وبدائع الصنائع (٣١٤/٢).

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٦٨٦)، ورقم (٣٦٨٧)، ورقم (٣٦٨٨)، ورقم (٣٦٨٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣١٤/٢).

والجمع بين خمس نسوة لا يبتدئه المسلم ولا يستبقيه، فوقع من الكافر باطلًا فلا يُخير فيه بعد الإسلام كالزوجين[1]، وبالله التوفيق.

|٨٤٢| مَسْأَلَةٌ: لا يرد المنكوحة بعيب[2].

وقال: يرد بالجنون، والجذام، والبرص، والرتق[3]، والقرن[4][5].

روي عن علي[6]، وعبد الله[7]، مثل قولنا، وروي عن عمر[8]، وابن عباس[9]

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٥٢٨).

(٢) قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يفسخ النكاح بعيب أحد الزوجين، إلا أن يكون الزوج مجبوبًا، أو عنينًا، فيثبت الخيار للمرأة، ويفرق الحاكم ويكون طلاقًا لا فسخًا. وقال محمد: إذا كان به داء لا يمكنها المقام معه، مثل الجذام ونحوه؛ خيرت. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٤)، والتجريد (٩/٤٥٧٨).

(٣) الرتقاء: التي لا يستطاع جماعها. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ١٨٣).

(٤) القرن: شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٤/٥٤)، والمصباح المنير (٢/٤١٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٨)، والشرح الكبير (٨/١٣٤).

(٦) قال علي ﷺ: «أيما رجل تزوج امرأة مجنونة، أو جذماء، أو بها برص، أو بها قرن، فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق». أخرجه الدارقطني (٣٦٧٥)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٤٢٣٠).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٨).

(٨) عن سعيد بن المسيب، قال: «قضىٰ عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما، والصداق لها لمسيسه إياها وهو له علىٰ وليها». أخرجه الدارقطني (٣٦٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٤٢٢٤).

(٩) عن جابر بن زيد، عن ابن عباس ﷺ أنه قال: «أربع لا يجزن في بيع ولا نكاح: المجنونة، والمجذومة، والبرصاء، والعفلاء». أخرجه الدارقطني (٣٦٧٤)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٤٢٢٨).

مثل قولهم[١].

لأن عدم العضو أكثر من وجود عيب به ولو عُدمت اليد لم يكن له الخيار، فإذا وجد باليد برص كان أولىٰ أن لا يَرُد.

ولأنه عيب بالمنكوحة فلا يوجب خيارًا كالعور، والشلل، والبخر[٢]، والشمط[٣][٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** النكاح عقد يحتمل الفسخ، فإذا ثبت الخيار لأحد المتعاقدين بسبب العيوب ثبت للثاني كالبيع، والخيار يثبت لها للعنة والجب.

❊ **قِيلَ**: وجود هذا العيب بالزوج لا يوجب الخيار؛ لأنه عجِزَ به عن استيفاء حقه. ولو عجز المشتري عن القبض لمرض أو غيره لم يكن للبائع الخيار كذلك هذا، وإنما ثبت الخيار لعدم استقرار المهر بالخلوة[٥]، لأن وجوب المهر بالخلوة مختلف فيه، ويجوز أن يتخاصما إلىٰ حاكم لا يقرر كمال المهر بالخلوة؛ فلهذا المعنىٰ وجب لها الخيار.

والعقد عندهم وعند أكثر أصحابنا علىٰ الاستباحة ولا عيب بالاستباحة، علىٰ أن الزوج يقدر علىٰ الخروج منه بالطلاق ويصل إلىٰ الوطء من غير هذه

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٨).

(٢) البخر: النتن في الفم. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (١/١٠١)، والقاموس المحيط (ص: ٣٤٧).

(٣) الشمط: هو بياض شعر رأسه في مكان واحد والباقي أسود. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٢٥٦)، والقاموس المحيط (ص: ٦٧٤).

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٥٨٣).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٤)، والتجريد (٩/٤٥٨٠).

الجهة، والمرأة لا تملك الفراق، فجعل لها الخيار، ولو لم يخيرها فوَّتنا هذا النوع عليها؛ فلذلك خُيرت، وأيضًا: فإن النكاح لا يحتمل الفسخ بالشرط وبخيار الرؤية والإقالة، فلا يحتمل الرد بالعيب كالصلح من دم العمد، والعتق على مال والخلع.

ولا معنى لقولهم: إن المقصود فائت؛ لأنه يصل إلى وطء المجنونة والبرصاء، ونقصانه لا يوجب خيارًا كالشوهاء والعجوزة.

وما روي أن النبي ﷺ تزوج امرأة فوجد بكشحها بياضًا فردها[1]، فإن ظاهره أنه ردها إلى بيت أهلها، وليس في الخبر ذلك الفسخ، على أنه ردها بالطلاق؛ بدليل أنه روي وساق معها مهرها، ولو كان فسخًا لم يسم ذلك مهرًا[2]، وبالله التوفيق.

|٨٤٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا أعتقت الأمة وهي تحت زوج ـ حر أو عبد ـ فلها الخيار في فسخ النكاح[3].

**وقال:** إذا كان الزوج حرًا فلا خيار لها[4].

الأسود عن عائشة أن بريرة أُعتقت فخيرها رسول الله ﷺ، وكان زوجها

---

(١) أخرجه أبو يعلى الموصلي (٥٦٩٩)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٦٤٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٢٢١) وقال البيهقي: «قال البخاري: لم يصح حديثه».

(٢) قال القدوري: «يحتمل ردها بالطلاق، ويحتمل ردها بالفسخ، وإذا احتمل بالوجهين وجب حمله على الرد بالطلاق ليوافق الخبر الآخر الذي قال فيه: الحقي بأهلك». ينظر: التجريد (٩/٤٥٨١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٦)، والتجريد (٩/٤٥٨٩).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٧/١٦٥)، والحاوي الكبير (٩/٣٥٧).

حرًّا[١]، وهذا أولى من رواية من روى أن زوجها كان عبدًا[٢]؛ لأن من أخبر بحريته عرف حدوث حال لم يعرفه الآخر؛ ولأنه أرَّخ الحرية أولًا قبل الآخر[٣].

ولأن أخبار الآحاد مما يوجب العمل كالشهادات، والشهادة المثبتة للحرية أولى، كذلك الخبر.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة: «ملكت بضعك فاختاري»[٤] فجعل العلة ملكها بضعها، وعلق الحكم بمعنًى فيها لا في الزوج[٥].

وقول الراوي: كان عبدًا، أي: عبدًا فيما مضى، كما روي أنه عليه السلام أمر بلالًا حين أذن قبل الفجر أن يرجع فينادي: «ألا إن العبد قد نام»[٦].

وعلي قال لشريح: ما تقول أيها العبد الأبظر[٧]؟ فإنه كان جرى عليه رق

---

(١) أخرجه أحمد (٢٥٣٦٦)، وأبو داود (٢٢٣٥)، والترمذي (١١٥٥)، قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٨٣)، ومسلم (١٥٠٤).

(٣) خبر من روى الحرية أولى من خبر من روى الرق، كشهادة اثنين بالرق وجماعة بالحرية، فإن الحكم بالحرية أولى. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧٧/٤)، والتجريد (٤٥٩١/٩).

(٤) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٢٥٩/٨)، قال الزيلعي: «هذا مرسل». ينظر: نصب الراية (٢٠٥/٣)، ووصله الدرقطني (٣٧٦٠)، من طريق أبان بن صالح، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة.

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٨١/٤)، والتجريد (٤٥٩٣/٩).

(٦) أخرجه أبو داود (٥٣٢)، والدارقطني (٩٥٤)، من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن بن عمر موصولا مرفوعا، قال ابن حجر: «رجاله ثقات حفاظ لكن اتفق أئمة الحديث على أن حمادا أخطأ في رفعه، وأن الصواب وقفه على عمر بن الخطاب». ينظر: فتح الباري (١٠٣/٢).

(٧) العبد الأبظر: هو الذي في شفته العليا طول مع نتوء. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (١٣٨/١).

في الجاهلية[١].

وما رووه أنه لو كان حرًّا ما خيرها لا ندري هو قول عروة أو غيره[٢]، فلا يلزم به شيء، وهو اجتهاد من قائله[٣].

ولأنه يلزمها التسليم علىٰ عقد استحق البدل غيره فلا يُلزم، كما لو كان الزوج عبدًا.

وثبوت الخيار للمكاتبة إذا أعتقت لا يضر؛ لأن إثبات مثل هذا الحكم بعلة أخرىٰ، علىٰ أن المهر لا يجب للمكاتبة بالعقد، وإنما يجب بجعل المولىٰ لها، فهو كما لو وهب المولىٰ المهر للأمة بعد عتقها فإنه لا يُبطل خيارها.

ولأنها ملكت بضعها بعد تمام العقد عليها فكان لها الخيار، كما لو كانت تحت عبد[٤].

وإذا زوجت نفسها ثم أقرت بالرق لواحد ثم أعتقت فلا خيار لها؛ لأنها كانت مالكة بضعها حال العقد[٥].

والأمة إذا زوجت نفسها ثم أعتقها المولىٰ فقد تم العقد عليها بعد ملكها بضعها أو معه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الخيار الذي لا يتعلق بنقص لا يثبت في عقد النكاح كخيار

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٩).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/٣٧٧).

(٣) قال القدوري: «هذا خبر مضطرب». ينظر: التجريد (٩/٤٥٩٠).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٨٣).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٥٩٥).

الرؤية، والذمية تُسلم وزوجها مسلم.

❁ **قِيلَ**: هذا الخيار يجب لنقص، وهو استحقاق الغير بدل بضعها[1]، ويبطل بالمخيرة، على أن الزوج إذا كان عبدًا فالخيار لا يثبت لنقص بالزوج؛ بدليل أنه لو أُعتق لم يبطل خيارها.

ولأن نقص الزوج بعد وجود الكفاءة في ابتداء العقد لا يوجب خيارًا؛ بدليل أنه لو لم يكن لواحد منهما نسب في ابتداء العقد، ثم صار للمرأة نسب لم يثبت لها الخيار.

ويستحيل أن يكون الخيار لها لنقص آخر بالزوج دون عدم الكفاءة؛ لأن النقائص التي توجب لها الخيار محصورة وهي خمسة[2]: الجنون وأخواتها ولم يوجد واحد منها.

ولا معنى لقولهم: إن حدوث الكمال مع تساوي الحال لا يوجب لها الخيار، وكما لو أسلمت وزوجها مسلم؛ لأن هذا المعنى لا يوجب الخيار، والموجب له ما ذكرنا من استحقاق الغير بدل بضعها أو ملكها بضعها[3].

ولو آجر أمته ثم أعتقها فلها الخيار عندنا، وعنده لا خيار لها؛ لأنه أوجب عليها تسليم المنافع بالعقد في حال لا يَدَ له عليها، فصار كما لو آجر ولده ثم بلغ فإنه يكون له الخيار، ولأنه يُلزمها تسليم نفسها لاستيفاء المنافع منها بغير رضاها بعد عتقها فخيرت كما قلنا في النكاح، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٥٩٩).

(٢) وهي: الرتق، والقرن، والجنون، والجذام، والبرص. ينظر: المبسوط (٥/٩٥).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٥٩٩).

|٨٤٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا زوجه ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ولم يسميا مهرًا صح النكاح[١].

**وقال:** النكاح باطل[٢].

لأنه عاقد عقد النكاح على البضع مهرًا، والبضع لا يكون مهرًا فبطل المهر، وبطلان المهر لا يوجب بطلان النكاح، كما لو تزوجها على خمر أو خنزير[٣].

ولأنه لو سمى لكل واحدة مهرًا أو لإحديهما صح، فلو أبطلنا هذا النكاح لأبطلناه لعدم التسمية، وعدم التسمية لا توجب بطلان النكاح، كما لو تزوج امرأة ولم يسمِّ لها مهرًا.

ولأن العقد يشتمل على تمليك البضع، وشرط بضع كل واحدة لولي الأخرى وأن لا مهر لها، وعقد النكاح لا يفسده الشرط، كما لو تزوجها على أن يطلقها، أو على أن لا يجامعها، ولا يفسده فساد البدل ولا عدمه، ولم يوجد إلا هذا فلم يبطل العقد.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن نكاح الشغار[٤].

❁ **قِيلَ:** الشغار خلو الشيء عما به قوامه، يقال: بلد شاغر إذا لم يكن به

---

(١) وقيل: إذا زوج الرجل أخته على أن يزوجه الرجل أخته، أو ابنته أو أمته، على أن يكون مهر كل واحدة منهما بضع الأخرى، فالعقدان جائزان، وما سمياه من المهر باطل، ولكل واحدة منهما مهر المثل، ويسمى نكاح الشغار. ينظر: التجريد (٩/٤٥٧٠)، والمبسوط (٥/١٠٥).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٨٧)، والحاوي الكبير (٩/٣٢٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٢٤)، والشرح الكبير (٧/٥٠٣).
والحديث أخرجه البخاري (٥١١٢)، ومسلم (١٤١٥).

سلطان. وقوام النكاح بالشهود لا بتسمية المهر، فالشغار الذي لا يحضره الشهود[١].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** فسر الراوي الشغار بأن يزوجه ابنته، علىٰ أن يزوجه الآخر ابنته، علىٰ أن لا مهر بينهما[٢].

۞ **قِيلَ:** لا يتعرض بتأويل الراوي علىٰ ظاهر الخبر، علىٰ أنه جعل الشغار أن لا يكون مهرًا، وهاهنا يثبت مهران عندنا، والنهي يتناول لغير مهر[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هذا نكاح اختص بلقب فيفسد كالمتعة[٤].

۞ **قِيلَ:** نحن لا نسمي هذا شغارًا[٥] ويبطل بنكاح المفوضة[٦]، وبالنكاح بشرط، علىٰ أنه متىٰ وقَّت فقد عدل عن عقد النكاح إلىٰ الإجارة، فلا نقعد نكاحًا لم يعقداه.

وقوله: «جعل المعقود عليه معقودًا به[٧]، فإذا بطل معنىٰ الصداق بطل

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/١٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(٢) هذا التفسير من الراوي إما أن يكون سماعا من رسول الله ﷺ فهو نص، وإما أن يكون عن نفسه فهو لعلمه بمخرج الخطاب ومشاهدة الحال أعرف به من غيره. ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٢٤).

(٣) قال السرخسي: «إنما أراد به أن لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر وبه نقول، وإن سمىٰ لكل واحدة من المرأتين مهرا فلكل واحدة منهما ما سمي من المهر، واشتراط أحد العقدين في الآخر غير مؤثر هنا؛ لأنه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله». ينظر: المبسوط (٥/١٠٥).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٨٧)، والحاوي الكبير (٩/٣٢٥).

(٥) هذه التسمية فاسدة؛ لأن كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهر الأخرىٰ، والبضع ليس بمال ففسدت التسمية، ولكل واحدة منهما مهر المثل. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(٦) المفوِّضة: من فوضت أمرها لوليها وزوجها بلا مهر، والمفوَّضة: من فوضها وليها إلىٰ الزوج بلا مهر. ينظر: تبيين الحقائق (٢/١٤٤)، والعناية شرح الهداية (٣/٣٢٤).

(٧) كتب فوقها: «صداقًا».

الآخر» لا يصح ؛ لأنه شرطه لأب المرأة ، فلا يكون صداقًا ؛ إذ الصداق ما شُرط لها ، ولو تزوج علىٰ خمر فقد جعل البضع معقودًا عليه وبدلًا عن الخمر[(١)] ، وبطل أن يكون بدلًا ، ولم يبطل الثاني[(٢)] .

وقولهم: «جعل المعقود عليه عقد النكاح فبطل كالعبد المأذون له في التزويج علىٰ رقبته ، فتزوج حرة علىٰ رقبته» باطل بما ذكرنا أنه لم يجعله مهرًا ، والعبد عاقد غير معقود عليه عقد النكاح ، علىٰ أن الحرة تملك رقبة زوجها بالعقد فبطل النكاح ، فقد وجد معها ما يوجب بطلانه ؛ فلذلك بطل[(٣)] ، وبالله التوفيق .

|٨٤٥| **مَسْأَلَةٌ:** النكاح بشرط الخيار جائز ، والشرط باطل[(٤)] .

**وقال:** النكاح باطل[(٥)] .

لأن الخيار يشترط في العقد للفسخ ، والنكاح لا يفسخ بالشرط فصح العقد وبطل الشرط ، كما لو تزوجها علىٰ أن يطلقها .

ولأن هذا النكاح جِدٌّ فلا يبطل بالشرط كالطلاق والعتاق ، وكما لا يقبل الطلاق الفسخ ، فكذلك النكاح لا يقبل الفسخ بالشرط[(٦)] .

---

(١) الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا تصح تسمية شيء من ذلك مهرا . ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٨) .

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٥٧٦) .

(٣) ينظر: المصدر السابق .

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٤٤٤) ، والمبسوط (١٥/١٥٠) .

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/٨٧) ، والبيان للعمراني (٩/٣١٣) .

(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٤٤٤) .

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** اشتراط الخيار في عقد المعاوضة المعرض للفسخ يمنع حصول المقصود بالعقد كالبيع.

❊ **قِيلَ:** البيع يقبل الشروط الفاسدة فيقبل هذا الشرط، والنكاح لا يقبل الشروط الفاسدة فلا يقبل هذا الشرط(١)، وبالله التوفيق.

**|٨٤٦| مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوجها على أن يحللها للزوج الأول صح النكاح في قول أبي حنيفة(٢).

**وقال:** هو ضرب من المتعة(٣).

لأنه عقد النكاح وألحق به هذا الشرط فصح النكاح وبطل الشرط، كما لو تزوجها على أن لا يتزوج عليها أخرى، أو على أن يطلقها(٤).

ولم يوقت للنكاح وقتًا فلم يكن فيه معنى المتعة(٥).

ولأنه شرَط في العقد موجبه فلم يبطل، كما لو شرط التسليم في البيع.

---

(١) مثل أن يشترط أن لا يكون لها مهر، ولا يطأها، أو أن يعزل عنها، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا يوماً أو ليلة، فهذه الشروط كلها باطلة، لأنها تنافي مقتضى العقد، والنكاح صحيح في الصور كلها؛ لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة. ينظر: البناية شرح الهداية (٥/١٦٦).

(٢) يكره التزوج بشرط التحليل. وقال أبو يوسف: لا ينعقد النكاح بشرط التحليل للأول ولا تحل له، وقال محمد: يصح النكاح ولا تحل للأول. ينظر: التجريد (٩/٤٦٠٤)، وتبيين الحقائق (٢/٢٥٩)، والجوهرة النيرة (٢/٥٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٢)، والشرح الكبير (٨/٥٣).

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٦٠٤).

(٥) النكاح المؤقت لا يصح عند الحنفية. ينظر: التجريد (٩/٤٦٠٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** إن النبي ﷺ قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»[1].

❁ **قِيلَ:** لعن الشارط فالشرط منهي عنه وهو باطل والنكاح صحيح[2]، على أن الخبر محمول على أن يقول: أطأها فتحل لفلان، وإذا وطئت حلت، وهذا باطل؛ يدل عليه أنه قيل للنبي ﷺ: إن فلانًا طلق امرأته ثلاثًا، وإن فلانًا تزوجها، وما ترى تزوجها إلا ليحللها له، فقال ﷺ: «قد تزوج وأصدق وأدخله فيها كما يدخل الميل في المكحلة»؟ قالوا: نعم، قال: «قد ذهب الخداع، قد ذهب الخداع»[3]، وبالله التوفيق.

|٨٤٧| **مَسْأَلَةٌ:** لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم[4].

**وقال:** ما يكون ثمنًا يكون مهرًا، ولا يقدره[5].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٢)، والشرح الكبير (٨/٥٣).
والحديث أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦)، والدارقطني في السنن (٣٦١٨)، والحاكم في المستدرك (٢٨٠٤)، وقال ابن حجر: «أعله أبو زرعة، وأبو حاتم بأن الصواب رواية الليث، عن سليمان بن عبد الرحمن مرسلا، وحكى الترمذي عن البخاري أنه استنكره، وقال أبو حاتم: ذكرته ليحيى بن بكير فأنكره إنكارا شديدا، وقال: إنما حدثنا به الليث، عن سليمان ولم يسمع الليث من مشرح شيئا». ينظر: التلخيص الحبير (٣/٣٥١)، وفي الباب ابن مسعود وابن عباس وعلي بن ابي طالب وجابر بن عبد الله وأبي هريرة.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٢/٢٥٩)، والجوهرة النيرة (٢/٥٤).

(٣) ذكره ابن أبي حاتم في علل الحديث (١٢٨٥)، قال أبو زرعة: «هذا واهٍ، ضعيف، باطل، غير ثابت ولا صحيح، ولا أعلم بين أهل العلم بالحديث خلافا أنه حديث واه ضعيف لا تقوم بمثله حجة».

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٤٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٨).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٧/٢٣٥)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٧).

روي مثل قولنا عن علي[1]، وابن مسعود[2]، وابن عمر[3]، وابن عباس[4].

قال علي: لا صداق أقل من عشرة دراهم، وهذا يعلم توقيفًا[5].

جابر أن النبي ﷺ قال: «لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة دراهم»[6].

ولأنه عضو محظور لا يستباح إلا بمال فوجب أن يكون ذلك المال مقدرًا كالقطع في السرقة[7].

وما يرونه أن النبي ﷺ قال: «من استحل بدرهم فقد استحل»[8]، فإنا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤١٦)، والدارقطني (٣٦٠٣).

(٢) لم أقف عليه، ولكن روىٰ علقمة، عن ابن مسعود، أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتىٰ مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها، لا وكس، ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي، فقال: «قضىٰ رسول الله خ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت»، ففرح بها ابن مسعود، وقد أخرجه الترمذي (١١٤٥)، قال الترمذي: «حسن صحيح».

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤١٩).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٤١٥).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٦٣١)، وعبد الرزاق (١٠٤١٦)، والدارقطني (٣٦٠٣)، وفي إسناده مقال. ينظر: نصب الراية (١٩٩/٣).

(٦) أخرجه أبو يعلىٰ الموصلي (٢٠٩٤)، والدارقطني (٣٦٠١)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٣٧٦١)، قال الدارقطني: «مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها»، وقال القدوري: «هذا الحديث غير معتمد علىٰ طريق أصحاب الحديث والمعتمد من الأثر: ما روىٰ الشعبي والضحاك عن علي ﷺ قال: (أقل ما يكون المهر عشرة دراهم)، وهذا المقدار لا يدل علىٰ القياس عليه، فإذ قاله الصحابي حمل علىٰ التوقيف». ينظر: التجريد (٤٦١٢/٩).

(٧) التجريد (٤٦١٢/٩).

(٨) أخرجه أبو يعلىٰ الموصلي (٩٤٣)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٤٣٧٢)، وقال الألباني:=

نقول: الحل يقع، وليس في الخبر أنه مهر تام[1].

وقوله ﷺ: «أدوا العلائق»[2]، قيل: وما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[3]، فالخبر ورد فيما يعجل[4] ويؤدى للندب[5]، وأيضًا: فالخبر خارج على العادة، والأهلون لا يتراضون بحبه في العادة، وليس في الخبر نفي زيادة عليه[6].

وقوله: «من أعطى من صداق امرأة كفًّا من سويق كانت له حلالًا»[7] واردٌ في التعجيل، على أن الحل واقع، فقد قلنا بالخبر[8].

وكذلك قوله ﷺ: «التمس ولو خاتمًا من حديد»[9] معناه: لتعجله؛ بدليل أن المهر لا يجب تعجيله[10].

---

= «ضعيف». ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة (٤٥٤٣).

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦١٩).

(٢) العلائق: المهور. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٢٨٩).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٦٠٠)، وقال ابن حجر: «إسناده ضعيف جدا». ينظر: التلخيص الحبير (٣/٣٨٦).

(٤) كانت عادتهم تعجيل بعض الصداق. ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/١٠١).

(٥) أي: ندب تقديم أي شيء إدخالا للمسرة عليها وتألفا لقلبها. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/١٣٧).

(٦) إطلاق العلائق لا يتناول الشيء اليسير، وإنما يتناول الكثير في العادة، وكذلك تراضي الأهل في العادة لا يقع باليسير فوجب حمل اللفظ على المعتاد. ينظر: التجريد (٩/٤٦١٨).

(٧) أخرجه أحمد (١٤٨٢٤)، وأبو داود (٢١١٠)، من طريق صالح بن مسلم بن رومان، أخبرني أبو الزبير محمد بن مسلم، عن جابر بن عبد الله. قال ابن حجر: «في إسناده مسلم بن رومان وهو ضعيف، وروي موقوفا وهو أقوى». ينظر: التلخيص الحبير (٣/٣٨٦).

(٨) ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٢).

(٩) أخرجه البخاري (٥١٢١)، ومسلم (١٤٢٥).

(١٠) ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** العوض في عقود المعاوضات التي لا تعتبر فيها المماثلة لا يكون مقدرًا بالشرع ؛ دليله أثمان السلع وأجرة الدور[١].

❁ **قِيلَ**: تمليك المنافع والأعيان يجوز بغير عوض ، فجاز أن لا يكون ذلك العوض مقدرًا[٢] ، على أن المهر حق لله تعالى ؛ بدليل أن تراضي الزوجين على إسقاطه لا يسقطه ، وبذل البضع يحل على وجه ويحرم على وجه ، وتتعلق الحدود بتناولها ، فجاز أن يكون ما فيه من حق الله تعالى مقدرًا كالزكوات ، ولو جوزنا بالقليل والكثير لم يتميز من البيع الذي يتمحض الحق في العوض للآدمي ، فوجب أن يختص بمقدار.

ولا يجيب تسمية المهر ليخرج من أن يكون بذلًا ، فإن النكاح الذي لم يسم فيه المهر صحيح ، ولا يجب المهر بالعقد غيره ، ولو كان بذلًا لم يصح ، ولا يخرج العتق بشرط العوض فيه من أن يكون عتقًا وبذلًا ، وكذلك الهبة ، فدل على أن المهر حق لله تعالى على ما قلنا ، ولهذا المعنى وجب تقديره ، ولو زوج الأب الصغيرة على درهم وجب عنده مهر المثل ، وما لا يجوز أن يكون مهرًا للصغيرة لا يجوز أن يكون مهرًا للكبيرة[٣] ، وبالله التوفيق.

|٨٤٨| **مَسْأَلَةٌ:** تعليم القرآن لا يكون صداقًا[٤].

**وقال:** يكون[٥].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٠٠).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٦).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٧).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٨)، والمبسوط (٥/١٠٦).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٠٣)، وبحر المذهب (٩/٣٨٨).

لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، فأحل شرط الابتغاء بالمال[١].

ولأنه ليس بمال ولا يجب به تسليمه مال، فلا يجوز أن يكون مهرًا، كما لو تزوج علىٰ خدمته[٢]، أو بضع امرأة أخرىٰ[٣].

وقوله عليه السلام: «زوجتكها بما معك من القرآن»[٤]، أي: لأجل ما معك[٥] من القرآن[٦]، كما روي أن أم سليم تزوج بها أبو طلحة علىٰ إسلامه[٧]، أي: لأجل إسلامه؛ لأن إيمانه ما في قلبه، وذاك لا يكون مهرًا[٨]، علىٰ أن أبا يوسف روىٰ عن عرفجة العدوي أن النبي ﷺ قال: «هذا لك وليس لأحد بعدك»[٩][١٠]، ومن

(١) ينظر: المبسوط (٥/١٠٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٧).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية (٣/٣٣٩).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/١٠٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٧).

(٤) أخرجه البخاري (٥٠٢٩)، ومسلم (١٤٢٥).

(٥) كتب تحتها: «ما معه».

(٦) وما معه لا يجوز أن يكون مهرًا، وإنما يصح أن يكون مهرًا إذا شرط تعليمها سورة بعينها. ينظر: التجريد (٩/٤٦٣٢).

(٧) أخرجه النسائي (٣٣٤٠)، وابن حبان (٧١٨٧)، والطبراني في المعجم الكبير (٤٦٧٦). قال الألباني: «صحيح». ينظر: تعليقه علىٰ صحيح ابن حبان (١٦/١٥٧).

(٨) روىٰ أن النبي ﷺ خصه بذلك دون غيره، وهذا يسقط الاستدلال. ينظر: التجريد (٩/٤٦٣٣).

(٩) رواه هشام، عن محمد، عن أبي يوسف بإسناده، عن عمير بن أبي عرفجة العدوي في قصة الموهوبة أن النبي ﷺ قال لذلك الرجل: «زوجتكها بما معك من القرآن، وهذا لك ولا يحل لأحد بعدك». ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٩).

(١٠) وروىٰ عن ابن مسعود رضي الله عنه في قصة الموهوبة أن النبي ﷺ قال: «فإذا رزقك الله مالا فعوضها»؛ فهذا يدل أنه جعل التعليم تطييبًا لنفسها، ولم يجعله مهرًا، أو بقي في ذمته، فأمره أن يدفعه إليها إذا وجد. ينظر: التجريد (٩/٤٦٢٩).

صفة المهر أن يتشطر بالطلاق قبل الدخول وهذا لا يتشطر، وقد بينا أن الاستئجار على تعليم القرآن لا يجوز، وبالله التوفيق.

|٨٤٩| مَسْأَلَةٌ: إذا تزوج امرأة على خمر وطلقها قبل الدخول فلها المتعة(١).

وقال: لها نصف مهر المثل.

لأن الله تعالى قال: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]، ولأنه لم يُسمِّ في العقد ما يكون مهرًا، فصار كما لو لم يسم شيئًا، أو تزوجها على أن لا مهر لها(٢).

❊ فَإِنْ قِيلَ: الطلاق إذا ورد على مهر ثابت قبل الدخول نصفه، كما لو ورد على مهر مسمًى صحيح(٣).

❁ قِيلَ: مهر المثل قيمة البضع، ولا يقوم البضع إلا بإبقاء العقد، أو وجود القبض، أو ما يكون له حكم القبض؛ بدليل أنه لو زنى بها فطاوعته فإنه لا يقّوم، على أن مهر المثل يقابل البضع ولم يُسم في العقد فلا ينتصف(٤).

❊ فَإِنْ قِيلَ: ما يثبت بالشرع آكد مما يثبت بالتسمية.

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢٤٨)، والتجريد (٩/٤٦٧٢).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٢).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٥).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٣).

۞ قِيلَ: المبيع إذا ولد قبل القبض لم يسقط بهلاكه شيء من الثمن، ولو كان مسمًى في العقد سقط، ولا حكم للبدل الفاسد إذا لم يقبض المعقود عليه؛ دليله البيع، وجُعلت التسمية كعدمها قبل القبض، كذلك ها هنا، وبالله التوفيق.

|٨٥٠| مَسْأَلَةٌ: من تزوج أو كاتب على عبد غير موصوف صح، ووجب عبد وسط[١].

وقال: لها مهر مثلها في النكاح، ولا تصح الكتابة[٢].

لأنه حيوان سمي بدلًا عما ليس بمال، فصح وثبت في الذمة كالدية[٣].

ولأن ما يجوز أن يثبت في الذمة ـ زكاة ودية ـ جاز أن يثبت مهرًا وعوضًا في الكتابة كالدراهم.

ولأن الحيوان يثبت في الذمة في الكتابة والنكاح، فجاز مع الجهالة كالدية[٤].

ويجوز أن لا يجوز البيع به، وتجوز الكتابة كخدمة شهر.

۞ فَإِنْ قِيلَ: الحيوان إذا أطلق نكرة في عقود المعاوضات كان فاسدًا، كما لو قال: اشتريت منك عبدًا، أو تزوجت على دابة.

۞ قِيلَ: النكاح يصح من غير ذكر بدل، فجهالة صفة البدل لا تمنع ثبوته،

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٤)، وبداية المبتدي (ص: ١٩٤).
(٢) قولًا واحدًا؛ لأنه لم يتعين لها عبد ترجع بقيمته. ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٦٤)، وبحر المذهب (٩/٤٤٦).
(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٥٣)، والبناية شرح الهداية (١٠/٣٨٢).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٥).

كما لا تمنع جهالة قدر مهر المثل ثبوته[١].

والثوب اسم لأجناس مختلفة، وكذلك الدابة والدار يختلف باختلاف البقاع اختلافًا يكثر التباين فيه، فصار كاختلاف الجنس، واختلاف الجنس يمنع ثبوته في الذمة لكثرة الجهالة، واختلاف الصفة لا يمنع لقلة الجهالة، ولا يثبت ما ذكره في الزكاة والدية، ويثبت نوع من الحيوان بغير وصف، كذلك هذا، وبالله التوفيق.

|٨٥١| **مَسْأَلَةٌ:** رجل تزوج امرأة على عبد على أن ترد المرأة عليه ألفًا صح، فإن كان مهر مثلها ألف درهم كان نصف العبد صداقًا ونصفه بيعًا بألف[٢].

**وهو أحد قوليه، وفي قوله الثاني:** الصداق فاسد[٣].

وعلى هذا الخلاف إذا كان العقد يتضمن صرفًا وبيعًا.

لأن هذا عقد واحد تضمن معنى البيع والصداق، والعقد الواحد إذا تضمن معنيين وجملة البدل فيه معلوم صح، والجهالة التي تقع في قسمة البدل لا تمنع صحة العقد، كما لو اشترى عبدين بألف درهم فإن الثمن ينقسم على قدر قيمتيهما ويصح[٤]، وإذا تزوج امرأة على أن يخدمها سنة[٥]، أو كاتب عبده على

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٦).

(٢) المذكور عند الحنفية عكس مسألة المؤلف: إذا تزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه عبدا بعينه فالنكاح جائز ويقسم الألف على مهر مثلها وقيمة العبد فتكون حصة العبد مهرها وحصة العبد بيعا. ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/٢٨٨)، والبحر الرائق (٣/١٧٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٦١)، وبحر المذهب (٩/٤٤٢).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٢٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٨٦).

(٥) لو تزوج حر امرأة على أن يخدمها سنة فالتسمية فاسدة ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة=

خدمته سنة جاز، وإن كان العقد يتضمن معنى الإجارة والكتابة، وتعارف المسلمون بيع السيف المحلَّاة[١]، واللجام المفضض، والدار التي في سقوفها صفائح فضة وذهب من غير نكير[٢]، وما يلاقى من الثمن اليسير يكون بيعًا، وما تلاقى منه الفضة يكون صرفًا، ولا يُعترض على فعل الأمة بخلافه.

※ **فَإِنْ قِيلَ:** روي أن النبي ﷺ نهى عن عقدين في عقد[٣].

۞ **قِيلَ:** هذا عقد واحد يتضمن حكمين، والنهي على أن يبيع منه دارًا بألف على أن يبيع الآخر داره بألف.

※ **فَإِنْ قِيلَ:** هو جامع بين عقدين مختلفي الحكم فيفسدا[٤]، كما لو قال لعبده: كاتبتك وبعت منك هذا العبد بألف درهم.

۞ **قِيلَ له:** لا يصح بيع المولى منه فتبقى الكتابة بحصة مجهولة في ابتداء العقد فلا يجوز، كما لو قال: بعت منك هذا العبد بحصته من الثمن[٥]، لو قسم عليه وعلى العبد الآخر فإنه لا يصح كذلك هذا، وقد قلنا: إن العقد واحد، وبالله التوفيق.

---

= وأبي يوسف، وعند محمد التسمية صحيحة ولها قيمة خدمة سنة، وعند الشافعي التسمية صحيحة ولها خدمة سنة. ينظر: المبسوط (٥/١٠٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٨)، الهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٠١).

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٥٩٣)، والغرة المنيفة (ص: ٧٨).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٥٩٣).

(٣) أخرجه البخاري (٥٨٤).

(٤) الصفقة التي جمعت عقدين مختلفي الحكم، للشافعي قولان، أظهرهما: الصحة، والقول الثاني: أن الصفقة لا تصح. ينظر: نهاية المطلب (١٣/٧٦)، والشرح الكبير (١٣/٤٥٤)، وروضة الطالبين (٣/٤٣١).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني (٦/٣٨٢)، وحاشية ابن عابدين (٤/٥٢٧).

|٨٥٢| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوج امرأة ولم يسمِّ لها صداقًا وجب مهر المثل بالعقد، حتىٰ لو مات[١] وجب لها تمام مهر المثل[٢].

**وعلىٰ أحد قوليه: لا يجب[٣].**

روي أن عبد الله بن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسمِّ لها صداقًا ثم مات عنها فتردد فيه شهرًا، ثم قال: أقول فيه برأيي فإن كان فيه صوابًا فمن الله، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان، أرىٰ لها مهر مثل نسائهم لا وكس ولا شطط. فقام معقل بن سنان الأشجعي، وقال: لقد حكمت بحكم رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق الأشجعية.

وما ذكروه أن عليًا قال: «لا يُقبل قول أعرابي بوالٍ علىٰ عقبيه»[٤] فقد وافقنا المخالف، علىٰ أن الحديث لا يُرَد بأن يكون راويه أعرابيًا[٥].

والشك في نسب الراوي لا يوجب رد الحديث بعد أن يكون معروفًا، ويكون الحديث مشهورًا.

ولأن هذه حالة ـ أعني بعد الموت ـ لو كان المهر مسمىً وجب كمال المسمىٰ، فإذا لم يكن مسمىٰ وجب كمال مهر المثل؛ دليله بعد الدخول.

---

(١) ولو مات الزوجان لا يقضىٰ بشيء في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد يقضىٰ لورثتها بمهر مثلها ويستوفىٰ من تركة الزوج. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٤).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٦٥٠)، والمبسوط (٥/٦٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٧٩)، والمجموع شرح المهذب (١٦/٣٧٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٠).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٦٥٤).

ولأن النكاح عقد معاوضة ومبادلة، والزوج قد ملك البضع بالعقد فوجب أن يُملك عليه بدله، كما لو كان المهر مسمىً.

ولأن كل مهر وجب بالوطء كان ذلك الوطء حرامًا كالنكاح الفاسد، فلما كان الوطء حلالًا دل على أن وجوب المهر قد سبقه؛ دليله المسمى.

ولأن المهر لو لم يجب بالعقد لكانت باذلة بضعها، وبذل البضع لا يحل، ودخوله بها استمتاع بملكه، واستمتاع المالك بملكه لا يوجب عليه بدلًا، وأن يكون لها الطلب بالفرض لا يمنع أن تكون باذلة البضع بغير بدل في الحال.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** العقد إذا صح بغير ذكر بدل لم يوجب بدل بعد ذلك كالهبة بغير عِوض، فإذا فارق النكاح سائر العقود في هذا المعنى فكذلك يجوز أن يفارقها في أن يكون استمتاعه بملكه موجبًا بدلًا عليه.

۞ **قِيلَ:** هذا باطل؛ لأن الأب لو زوج الصبية أو المجنونة بغير مهر صح العقد ووجب لها بدل، على أنه إذا تزوج فقد ملك البضع، ووقوع الملك ببدل يقابله، وإن لم يُسمَّ موجود في الأصول، كالأب يستولد جارية ابنه، وأحد الشريكين يستولد[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لو وجب هذا المهر بالعقد لتشطر بالطلاق قبل الدخول كالمسمى، فلما سقط جميعه دل على أنه لم يجب بالعقد، كالأخ إذا زوج بأقل من مهر مثلها[2].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٦٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٢).

۞ قِيلَ: الأخ إذا زوج بأقل من مهر المثل فذلك القدر واجب بالعقد، ويزاد عليه[1]، ومهر المثل لا يسقط كله؛ لأن المتعة بعض مهر المثل، على أن المسمى أيضًا سقط كله، ويجب نصف المهر ابتداءً؛ بدليل أنه لو اشترى جارية وزوجها لم يكن له أن يردها بالعيب ـ وإن رضي البائع ـ لاتصالها بالمهر، فإن طُلقت قبل الدخول كان له ردها، ولو كان هذا النصف بعض ما كان واجبًا لم يرد.

وبموتها لا يسقط مهر المثل، وكذلك بتقادم العهد، إلا أن الحاكم لا يصل إلى القضاء لجهالة القدر الذي يقضى به، وبموت المرأة لا يسقط مهر المثل.

والذمي إذا تزوج ذمية على أن لا مهر لها فلا مهر[2]؛ لأن وجوبه في حال العقد حق لله تعالى، وهما غير مخاطبين بالعبادات، وقد أخذنا منهم الجزية لندعهم وما يتدينون به، وهذا من دينهم فلا يُتعرض عليهم فيه، كما لا يتعرض لهم بشربهم الخمر، وبالله التوفيق.

|٨٥٣| **مَسْأَلَةٌ:** من تزوج امرأة بغير مهر، ثم فرض لها مهرًا، ثم طلقها قبل الدخول، فإن لها المتعة في قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف الآخر[3].

**وقال الشافعي:** لها نصف المفروض[4].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٦٥).

(٢) الذمي إذا تزوج ذمية من غير مهر فعلى قولهما يجب المهر. وأما على قول أبي حنيفة فيجب أيضا إلا أنا لا نتعرض لهم؛ لأنهم يدينون ذلك، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون حتى إنهما لو ترافعا إلى القاضي فرض القاضي لها المهر. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٥).

(٣) قوله الآخر: لها نصف الفرض، وبه قال الشافعي. ينظر: التجريد (٩/٤٦٦٨)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٧٨)، وبحر المذهب (٩/٤٥٩).

لأن عندهما مهر المثل وجب بالعقد، وهذا تقدير ما وجب، ومهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول، فكذلك ما قيد منه.

ولأنه لم يُسمَّ في العقد فأشبه الزيادة في المهر(١).

وعنده: لم يجب المهر بالعقد، وإنما وجب بالتسمية ابتداءً فصار كالمسمىٰ في العقد، وبالله التوفيق.

|٨٥٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوج أربع نسوة علىٰ صداق صحت التسمية، وقسم المهر علىٰ قدر مهورهن(٢).

**وعلىٰ أحد قوليه:** لكل واحدة منهن مهر مثلها(٣).

لنا قول الله تعالىٰ: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧].

ولأنه تملّك أبضاعهن أو منافع أبضاعهن بهذا البدل، فانقسم علىٰ قدر قيمتهن(٤)، وصح إذا كان جملة البدل معلومًا، كما لو اشترىٰ عبدين أو استأجر دارين بألف درهم فإنه يصح، وينقسم عليهما كذلك هذا(٥).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** نصيب كل امرأة منهن مجهول فوجب الرجوع إلىٰ مهر المثل.

❁ **قِيلَ:** جهالة نصيب كل واحدة منهما لا تمنع صحة التسمية بعد أن تكون

(١) ينظر: التجريد (٤٦٧١/٩).
(٢) ينظر: التجريد (٤٦٧٤/٩)، والمبسوط (٩٢/٥).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٢١٧/٥)، والشرح الكبير (٦٤/٨).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢٨٦/٢).
(٥) ينظر: التجريد (٤٦٧٤/٩)، والمبسوط (٩٣/٥).

الجملة معلومة، كما قلنا في البيع[1]، وقد قال: إنه لو كاتب عبدين علىٰ ألف درهم صح، علىٰ أن جهالة مهر المثل أكثر من هذه الجهالة؛ لأنه قيمة البضع[2]، والبيع لا ينعقد بقيمة الشيء، وينعقد بحصته من الثمن إذا قسم عليه وعلىٰ غيره، فلا يجوز أن يُرجَع عنه إلىٰ ما هو أكثر جهالة منه.

وأما إذا اشترىٰ أربعة أعبد لأربعة نفر بألف درهم، فإنه يصح البيع، وإذا تزوجها علىٰ حصتها من الألف لو قُسمت عليها وعلىٰ هذه فإنه يجوز أن يقال تصح التسمية، وإن سلمنا فإن البيع يبطل بمثله، ولو جمع عبدين في تسمية الثمن لم يبطل، وبالله التوفيق.

|٨٥٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا سلمت المرأة نفسها كان لها أن تمتنع بعد ذلك لاستيفاء المهر في قول أبي حنيفة[3].

**وقال:** ليس لها ذلك[4].

لأنها بالتسليم لم تتم عقدها، ولم تقض مضمونًا عن نفسها، فلها أن ترجع فيه، كالمرتهن إذا أعار الرهن الراهن فإن له أن يرجع فيه[5].

يدل علىٰ أنها لم تقض مضمونًا؛ أن فوت المعقود عليه في ضمانها قبل التسليم لا يوجب سقوط البدل، وإذا لم تقض مضمونًا عن نفسها كانت متبرعة،

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٤).
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٤)،
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٨٨).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٣٠)، والتهذيب (٥/٥٢٠).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٨٨)، ومجمع الأنهر (١/٣٥٨).

فقدر ما تبرعت به جاز، وما لم تتبرع به فلها منعه.

ولأن المهر بدل عن كل وطء يستوفىٰ في النكاح[1]؛ إذ لو كان بدلًا عن الوطء الأول لكان يستباح الوطء الثاني من الحرة بغير بدل وهذا لا يجوز، ولكان لها أن تمنع الوطء الثاني؛ لأنها سلمت ما بإزاء المهر فإذا كان بدلًا عن الثاني والثالث كان لها منعه علىٰ استيفاء بدله كالأول[2].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قد رضيت بتسليم المعقود عليه قبل أخذ العوض، فلم يكن لها المنع بعده، كما لو باع وسلم قبل قبض الثمن[3].

۞ **قِيلَ:** البضع يجب فيه التسليم مرة بعد أخرىٰ، فصار كما لو باع شيئين وسلم أحدهما، فله أن يمنع الثاني[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** المهر بدل عن الوطء الأول؛ بدليل أن الطلاق والارتداد بعده لا يوجب سقوط شيء من المهر، وقد وجب التسليم فيه فلا تمنع من بعد[5].

۞ **قِيلَ:** المهر وجب بالعقد بدلًا عن ملك البضع ويستقر بوجوب العدة؛ بدليل أنها لو وجبت بالموت أو من العنين استقر، فدل علىٰ أنه بدل عن كل وطء يستوفىٰ بعقد النكاح، فإن استوفىٰ مرة فهو بدل عنه، وإن استوفىٰ مرات فهو بدل عنها[6].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٨٨).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٣١)، والتهذيب (٥/٥٢٠).

(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٧)

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٣١).

(٦) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٨).

وأما الإجارة فليس للمؤاجر الحبس ابتداءً، سواء كان البدل حالًّا أو غير حال، وإذا لم يكن حالًّا فالبدل يجب بالتسليم فقبل الوجوب لا يحبس على استيفائه، وإن كان حالًّا فحبسه يوجب سقوط البدل، فلا فائدة في الحبس فلا يحبس[1]، وبالله التوفيق.

|٨٥٦| **مَسْأَلَةٌ:** الخلوة الصحيحة تمنع سقوط شيء بالطلاق مما وجب بالعقد[2]، وهو قول عمر[3]، وعلي[4]، وابن عمر[5].

**وقال في الجديد:** لا يقرر المهر[6].

لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠]، فإذا أوفاها المهر وطلقها بعد الخلوة، وأراد أن يستبدل مكانها أخرى لم يكن له أخذ شيء مما أعطاها،

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٧).

(٢) الخلوة الصحيحة تمنع سقوط شيء من المهر بعد الطلاق وطأ أو لم يطأ، إلا أن يكون أحدهما محرما أو مريضا أو كانت حائضا أو صائمة في رمضان فإنما يجب في ذلك نصف المهر إن طلقا بعد الخلوة وقبل الدخول، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر. ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/٣٤٨)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/١٤٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١١٨).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٦٣)، وسعيد بن منصور (٧٥٧).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٦٣)، وسعيد بن منصور (٧١٦).

(٥) أخرجه الدارقطني (٣٨١٨). وقال الألباني: «صحيح عن عمر وعلي». ينظر: إرواء الغليل (٦/٣٥٦).

(٦) نقل الماوردي قول الشافعي في الجديد المعمول عليه من مذهبه: أنه ليس لها من المهر إلا نصفه، ولا تأثير للخلوة في كمال مهر ولا إيجاب عدة، وبه قال ابن عباس، وابن مسعود، والشعبي، وابن سيرين، وأبو ثور. ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤٠).

والمخالف لا يقول به[١].

والوعيد يلحق من اعتقد تحريمه ولم يسمع ما يعارض هذه الآية، ثم أخذ منها.

وقال تعالىٰ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، قال الفراء: الإفضاء: هو الخلوة[٢]، والفضاء: هو المتسع من الأرض الذي لا حائل فيه، قال الشاعر:

ذَهَبٌ حيث ما ذهبنا ودُرٌّ ✽ حيث ما دُرنا وفضة في الفضا[٣]

فإذا صار معها بحيث لا حائل بينهما دخل في الاسم، والوطء يختص به الزوج، وما يختص به واحد لا يقال فيه: بعضكم إلىٰ بعض، كما لا يقال في المولىٰ يُعتق عبده: أعتق بعضكم بعضًا لعدم جواز الاشتراك فيه.

وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢١] عبارة عن العقد الذي يتوثق به كل واحد منهما من صاحبه، ولا يعبر به عن الوطء.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** ابن مسعود وابن عباس فهما منه الوطء، ولم يوجبا بالخلوة كمال المهر[٤].

❁ **قِيلَ:** يجوز أن يكونا جعلا الإفضاء الذي هو عبارة عن الخلوة كناية عن الوطء[٥].

---

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١٤٨/٢)، والتجريد (٤٧٠٦/٩).

(٢) قال الفراء: الإفضاء أن يخلو بها وإن لم يجامعها. ينظر: معاني القرآن للفراء (٢٥٩/١).

(٣) قاله ابن مطير الأسدي. ينظر: خزانة الأدب (٤٨٠/٥).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٢٨٥/٨)، والحاوي الكبير (٥٤٠/٩).

(٥) ينظر: التجريد (٤٧١٠/٩)، وأحكام القرآن للجصاص (١٤٨/٢).

ولما روى محمد بن ثوبان[1]: أن النبي ﷺ قال: «من كشف خمار امرأة فنظر، فقد وجب الصداق إن دخل بها أو لم يدخل»[2]، وكشف خمار للنظر إليها يكون حال الخلوة في العادة فهو كناية عنه[3]، وقوله: «وجب»، أي: وجب وجوبًا لا يسقط، وتأكد إذ ابتداء الوجوب كان بالعقد، ولا يتعلق بالخلوة ابتداء وجوب أبدًا، فالذي علقه عليه السلام بالخلوة هو ما ذكرنا.

علي: قال رسول الله ﷺ: «إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق وتمت العدة»[4].

وروي أن زرارة بن أبي أوفى[5] قال: كان الخلفاء الراشدون المهديون يرون المهر واجبًا بالخلوة، ويقولون: إذا أغلق بابًا وأرخى حجابًا فقد وجب لها المهر[6].

ولأن عليها التخلية والتمكين في العقد وليس عليها أن تفعل فعل الزوج،

---

(١) قال البيهقي: «بلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحسن البصري وعروة بن الزبير وأبي بكر بن حزم وربيعة بن أبي عبد الرحمن وأبي الزناد وزيد بن أسلم». ينظر: السنن الكبرى (٧/٤١٨).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٨٢٤)، والسنن الكبرى للبيهقي (١٤٤٨٧). قال البيهقي: «وهذا منقطع وبعض رواته غير محتج به».

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٧١٠).

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢/١١٠)، والدارقطني (٣٨١٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٤٨٣).

(٥) كذا في الأصل، والصواب: (بن أوفى)، وهو زرارة بن أوفى الحرشي، أبو حاجب البصري. ينظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣/٦٠٣)، وخلاصة تذهيب تهذيب الكمال (ص: ١٢١).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٧٥)، سنن سعيد بن منصور في السنن (٧٦٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢/١١١)، وقال الألباني: «صحيح عن عمر وعلي». ينظر: إرواء الغليل (٦/٣٥٦).

وقد مكنت أقصىٰ ما قدرت عليه، وسلمت نفسها تسليمًا لا حائل ولا حاجز دونه، فخرج المعقود عليه من ضمانها، ودخل في ضمان الزوج فوجب كمال البدل، كما لو خلىٰ البائع بين المشتري وبين المبيع، أو خلىٰ الزوج بين المهر وبينها، أو خلىٰ الآجر بين المنافع والمستأجر مدة الإجارة، فإن فرضوا القول في المبيع إذا كان عرضًا، ولم يفرضوه في العقار فهو أصل علتنا(١).

ولا يلزم من اكترىٰ دابة ليركبها إلىٰ مكان فحبسها ولم يركب، فإنه لا يجب الأجر عليه؛ لأن المعقود عليه تسليم المنافع في أماكن مخصوصة، ولم يحصل التمكين من الاستيفاء في تلك الأماكن فلم يجب الأجر.

**وقولهم**: بأن الزوج لم يتضيق عليه الوطء فصار مؤخِّرًا الاستيفاء وله ذلك، فلم يتأكد عليه البدل وفارق الإجارة؛ لأن جميع مدتها يُستحق الاستيفاء فيها، فصار بالتأخير مبطلًا حقه(٢).

❁ **قِيلَ**: يتضيق علىٰ الزوج الوطء في السنة المضروبة له، ثم هو يسوي بين الحالين، علىٰ أن جواز تأخير الاستيفاء لا يمنع تقرر البدل عليه، كالمبيع إذا تمكن المشتري من قبضه، ولم يجبره البائع عليه فلم يقضبه فله ذلك ويتقرر الثمن(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الثمن أسرع لزومًا؛ لأن المشتري لا يقدر علىٰ إسقاطه، والزوج يقدر علىٰ إسقاط نصف المهر.

---

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/١٤٩)، والتجريد (٩/٤٧١٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤٢).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٧١٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٩٢).

❁ **قِيلَ**: نصف المهر يسقط حكمًا على أن المهر ألزم؛ إذ فوت المعقود عليه في ضمان المرأة قبل التسليم بأن تموت لا يوجب سقوط البدل، وفوت المبيع في ضمان البائع يوجب سقوطه(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لو عاد المبيع إلى البائع بحاله بفسخ العقد لم يتقرر الثمن على المشتري، وبالطلاق عاد البضع بحاله، ولا يتقرر البدل.

❁ **قِيلَ**: تقرر البدل للتخليه ثم يسقط بالفسخ، والمهر إذا تقرر لم يسقط بالفسخ، كما لو وطئها(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧](٣).

❁ **قِيلَ**: ليس في الآية إسقاط النصف الأخير، على أن المسيس عبارة عن القرب، فقال: لا مساس؛ أي: لا قرب، وفي الخلوة قرب، فإذا خلا بها فقد مسها؛ يدل عليه ما روي عن عمر أنه حمله على القرب(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الطلاق إذا ورد قبل الإصابة نصَّف المهر الواجب؛ دليله: لو خلا بها وأحدهما صائم أو محرِم أو معتكف(٥).

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: التجريد (٤٧١٣/٩).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٢٨٥/٨)، والحاوي الكبير (٥٤٠/٩ و٥٤١).

(٤) اختلف الصحابة في تأويل قوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، هل هو على الخلوة أو على الجماع. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١٤٩/٢)، والتجريد (٤٧١٦/٩).

(٥) نقله القدوري عن الشافعية. ينظر: التجريد (٤٧١٦/٩).

﴿ قِيلَ: إذا تلوط بها أو استدخلت فرجها ماءه فإن كمال المهر يجب ولم توجد الإصابة المستحقة بالنكاح، وإذا كانت محرِمة أو صائمة صوم فرض فبينه وبين الوصول إليها حائل فلم يصح التسليم، فهو كما لو سلم المبيع مع وجود مانع عن قبضه، فإنه لا يستقر الثمن، ولو كانت الموانع مرتفعة استقر الثمن بالتخلية كذلك هذا[1]، على أن العقد لا يقتضي الوطء؛ بدليل جواز نكاح المجبوب والرتقاء، وإنما يقتضي التسليم بلا مانع؛ بدليل أن نكاح المحارم لا يصح؛ لأنه لا يصح التسليم فيه، وقد وُجد التسليم الموجب بالعقد فاستقر المهر، وبالله التوفيق.

|٨٥٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوج امرأة وهي في عدة منه ثم طلقها قبل الدخول وجب لها كمال المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف[2].

**وقال:** يجب لها نصف المسمى[3].

لأنه شغل رحمها بمائه، ثم عقد عليها فصار بنفس العقد قابضًا لها، كما لو شغل دارًا بمتاعه ثم استأجرها.

ولا يلزم من ارتهن أو استودع أو استعار أو استأجر دارًا ثم اشتراها فإنه لا يكون قابضًا بالعقد؛ لأن هذه العقود عقد على غير الرقبة، وعقد الشراء عقد على

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٧١٦).

(٢) قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لها مهر كامل وعليها عدة مستقبلة. وقال محمد: تمام العدة الأولى ونصف المهر وبه قال الشافعي. وقال زفر لها نصف المهر أو المتعة، ولا عدة عليها. ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٩)، وتبيين الحقائق (٣/٣٣)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٤٠٤).

(٣) لأن هذا نكاح جديد طلقها فيه قبل الدخول فلا تتعلق به العدة، ولا كمال المهر. ينظر: نهاية المطلب (١٥/٢٠٠)، وأسنى المطالب (٣/٣٩٩).

الرقبة، فلم يعقد علىٰ ما شغله بحقه، وكذلك إذا اشترىٰ امرأة لا يكون قابضًا لها بالعقد لهذا المعنىٰ، وكذلك لو اشترىٰ عبدًا وعليه دين، فإن الدين في الذمة، وبالشراء عقَد علىٰ الرقبة فلم يلزم.

ولأن حكم الدخول وجد في العقد الثاني؛ بدليل أنه لو طلقها وجبت بقية العدة، ولو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت النسب فوجب كمال المهر، كما لو تزوجها وولدت لستة أشهر ثم طلقها، فإن كمال المهر يجب كذلك هذا[١].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** العقدان مفترقان فلا يكون الدخول في أحدهما دخولًا في الثاني، فإذا طلقها قبل الدخول وجب نصف المهر[٢].

۞ **قِيلَ**: حكم الدخول قد وُجد فأشبه الدخول لما بينا[٣]، ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ عبدًا وقبضه، ثم تقايلا، ثم اشتراه المشتري ثانيًا وهو في يده، فإنه يكون قابضًا بالعقد؟ وجُعل وجود حكم القبض كوجود القبض علىٰ العقد الثاني، وبالله التوفيق.

|٨٥٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا بعث إلىٰ امرأته مطعومًا وقال الزوج: كنتُ بعثت به بعض المهر، وقالت المرأة: بعثتها هدية، فالقول قولها[٤].

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٨٠).
(٢) ينظر: التهذيب (٥/٥٢٥)، والمجموع شرح المهذب (٧/٢٨٧).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٨٠).
(٤) هذه المسألة لها صورة أخرىٰ وهي: إذا اختلف الزوجان في الصداق، والنكاح قائم بينهما، فإن أبا حنيفة ومحمدا قالا: القول قول المرأة إلىٰ مهر مثلها، والقول قول الزوج فيما زاد. وقال أبو يوسف: القول قول الزوج في المهر، طلق أو لم يطلق، إلا أن يأتي بشيء مستنكر، فلا يصدق. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤١٤)، وبداية المبتدي (ص: ٦٤)، ولو بعث الزوج=

وقال: القول قول الزوج[1].

لأن العادة جرت أن ما يبعثه إليها من مطعوم يكون هدية وبرًّا، فقد ادعت والظاهر معها فكان القول قولها.

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: الاختلاف الواقع في جهة القبض يوجب أن يكون القول قول الدافع، كما لو كان غير طعام، وكما لو قال المديون أديت من دين كذا دون كذا.

❁ **قِيلَ**: هذا باطل؛ لأن رجلين لو اشتريا عبدًا بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فأدى خمسمائة درهم. وقال: أديته من الكفالة لم يُصدق، على أن الأصل أن يكون القول قول الدافع، وإنما أخرجنا المطعوم عنه للعرف[2]، وبالله التوفيق.

|٨٥٩| **مَسْأَلَةٌ**: إذا وهبت مهرها لزوجها قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء، وكذلك إن وهبت بعد القبض وكان المهر عرضًا[3].

**وعلى أحد قوليه**: يرجع عليها بنصف الصداق[4].

= إلى امرأته شيئا فاختلفا، فقالت المرأة: هو هدية. وقال الزوج: هو من المهر، فالقول قول الزوج إلا في الطعام الذي يؤكل؛ لأن الزوج هو المملك، فكان أعرف بجهة تمليكه، فكان القول قوله إلا فيما يكذبه الظاهر، وهو الطعام الذي يؤكل؛ لأنه لا يبعث مهرا عادة. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٣٠٨)، وتبيين الحقائق (٢/١٥٨).

(١) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٨٤)، والحاوي الكبير (٩/٥٠١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤١٥).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩١)، وتبيين الحقائق (٣/٨).

(٤) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٢٠)، ونهاية المطلب (٦/٥١٧).

لأنها أوصلت إلىٰ الزوج بتبرعها ما يُستحق عليها رده عند الطلاق ، فلو أوجبنا عليها الضمان أوجبنا علىٰ المتبرعة بتبرعها فيما تبرعت به لمن تبرعت عليه فلم يوجب ، كما لو وهبت لرجل شيئًا فهلك عنده ، ثم استحق فضُمِّن قيمته ، فإنه لا يرجع بما ضمن علىٰ الواهب ، وكما لو وهب ثمن المبيع من المشتري ، ثم وجد بالمبيع عيبًا فإنه لا يرد(١) .

ولا يلزم إذا وهبت من غير الزوج لأنها أوصلت إلىٰ غير الزوج ، فلا يبرئ عن ضمان ما يجب له .

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الهبة تمليك جديد لإسقاط حق ، فلا يقطع ذلك حقه من نصف المهر بوقوع الطلاق قبل الدخول ، كما لو باعت مهرها من الزوج ، أو وهبت من غيره(٢) .

❊ **قِيلَ:** إذا وهبت فالتمليك موقوف ، فإن طلقت قبل الدخول وقعت عن المستحق ولم تكن هبة ، كما لو عجل زكاته فالتمليك موقوف ، إن حال الحول وعنده ما تجب الزكاة فيه كان عن الزكاة وإلا كان تطوعًا ، علىٰ أن البائع لو أخذ عوضًا عن الثمن كان للمشتري أن يرد المبيع بالعيب ويرجع بالثمن ، ولو وهب الثمن من المشتري لم يرد بالعيب ، كذلك هذا ، إذا أوصلته إليه بالتبرع لم تضمن ، وإن أوصلته علىٰ جهة أخرىٰ ضمنته(٣) ، وبالله التوفيق .

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩١).

(٢) نقله القدوري بنحوه عن الشافعية . ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٤).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٩٤).

|٨٦٠| **مَسْأَلَةٌ:** لا يُرد الصداق بالعيب اليسير(١).

**وقال:** يرد(٢).

لأنه لا يستدرك بالرد بدلًا ؛ لأنه بالرد لا ينفسخ العقد فبقي موجب تسليمه ، ولا يقدر علىٰ تسليمه فغرم قيمته ، وقيمته مما يختلف المقومون فيه ، واحد يُقومه مع هذا العيب بما يقومه آخر مع عدمه ، وإذا لم يستدرك بالرد بدلًا لم يرد ؛ إذ لا فائدة في الرد.

وفي المبيع بالرد ينفسخ العقد فيرجع بثمنه لا بقيمته ، وكل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن ، فهو يستدرك بدلًا فلذلك يرد.

وفي العيب الفاحش يستدرك بالرد بدلًا ؛ إذ لا يختلف المقومون أن له قيمة(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** ما جرىٰ فيه الرد بالعيب استوت فيه جميع العيوب المؤثرة في الثمن ؛ دليله ما ملك بالبيع(٤).

۞ **قِيلَ:** يبطل بالمنكوحة علىٰ أصله ، وقد مضىٰ الجواب عن البيع ، وبالله التوفيق.

---

(١) مذهب الحنفية إلا زفر: لا يرد المهر بالعيب اليسير إلا أن يكون له مثل. وقال زفر: يرد بالعيب اليسير. وبه قال الشافعي. ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٩١)، والمحيط البرهاني (٣/١٠٢).

(٢) ينظر: البيان للعمراني (٩/٣٩١)، والمجموع شرح المهذب (١٦/٣٣٨).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٧٨)، والمحيط البرهاني (٣/١٠٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٢٩)، وبحر المذهب (٩/٤١٢).

|٨٦١| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوج على عبد فهلك قبل التسليم أو استحق فعليه قيمته[١].

**وعلى أحد قوليه:** لها مهر المثل[٢].

لأن العقد الموجب لتسليمه لا يبطل بفوات التسليم فيه فبقي موجب التسليم، وإذا بقي موجِبه بقي موجَبه، فوجب عليه تسليمه، ولا يقدر على تسليمه فغرم قيمته كالمغصوب.

ولأنه مضمون بنفسه لا يفوت عقد بفوته، فوجب أن يرجع إلى قيمته عند تلفه؛ دليله المقبوض على السوم والمغصوب[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تعذر التسليم في عين ما جُعل صداقًا يوجب الرجوع إلى مهر المثل، كما لو وُجد حرًّا، وكما لو باع عبدًا بجارية وسلم العبد ولم يقبض الجارية حتى ماتت، وقد فات الرد في العبد أيضًا، فاته بقيمة ما زال ملكه عنه وهو العبد، كذلك ها هنا وجب أن يرجع بقيمة البضع، وهو مهر المثل[٤].

❁ **قِيلَ:** يبطل بما لو وَجد به عيبًا فرده قبل القبض؛ فإنه يُرجع إلى قيمته[٥].

والحر لا يدخل في العقد فعري العقد عن التسمية فرجع إلى مهر المثل، وهذا قد انعقد العقد به وبقي موجِب تسليمه، فإذا لم يُسلمه غرم قيمته، وفي

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٠)، والمبسوط (٥/٧٠).
(٢) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٦٦)، وكفاية النبيه (١٣/٢٥١).
(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٠)، والمبسوط (٥/٧٠).
(٤) أورده القدوري عن الشافعية. ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٢).
(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٦٤٢).

البيع بطل العقد بهلاك البدل، فوجب أن يرد ما قبض، فإذا لم يقدر على رده غرم قيمته(١)، وبالله التوفيق.

|٨٦٢| **مَسْأَلَةٌ:** ذمي تزوج ذمية على خمر أو خنزير بعينه ثم أسلما، لم يكن لها إلا العين في قول أبي حنيفة(٢).

**وقال:** لها مهر مثلها(٣).

لأنها ملكت العين بالعقد وهي مضمونة في يده بنفسها لا يفوت عقد بفوتها، يُرجع إلى قيمتها عند تلفها، فصار كالمغصوب، ولو غصب من ذمي خمرًا ثم أسلم فإنه يأخذها، كذلك هذا.

ولأنها ملكت العين بالعقد، ويجوز تصرفها فيه فأشبه المقبوض.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الإسلام مانع من تقابض الخمر بالعقد وإن صح في حال الشرك، كما لو أسلم في خمر، ثم أسلم قبل التقابض(٤).

❁ **قِيلَ**: السلم يفسد بإسلام أحدهما فلا يُلزم تسليم المعقود عليه، وهاهنا موجِب التسليم يبقى كما قلنا.

(١) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٢١٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦٥).
(٢) قال أبو حنيفة: إذا تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير، ثم أسلما فإن كانا بأعيانهما فليس لها إلا ذلك، وإن كانا بغير أعيانهما، فلها قيمة الخمر، ومهر المثل في الخنزير. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في جميع الأحوال. وبه قال الشافعي. ينظر: التجريد (٩/٤٧٠٤).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٦١)، والمهذب (٢/٤٦٣)، والشرح الكبير (٨/١٠٠).
(٤) ينظر: التجريد (٩/٤٧٠٥).

وأما إذا كان الخمر والخنزير بغير عينها؛ فإنها لم تملك بالعقد عينًا[١]، وإنما تملكه بالقبض، والمسلمة لا تقدر على تملك الخمر، وبالله التوفيق.

|٨٦٣| **مَسْأَلَةٌ:** لا يُحكم بمهر المثل بعد تقادم العهد في قول أبي حنيفة[٢].

**وقال:** يُحكم[٣].

لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأزمان، فجُهل مقدار الواجب فلم يُحكم به[٤].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** يجوز أن يكون الزوج أقر بقدر مهر المثل، ويُشهد الشهود على الشهادة فيه[٥].

۞ **قِيلَ:** لا نعرف الرواية فيه، على أنه يجوز أن يكون أكثر، فلم يصر معلومًا بذلك، وبالله التوفيق.

|٨٦٤| **مَسْأَلَةٌ:** الحرة إذا قتلت نفسها قبل الدخول لم يسقط مهرها[٦].

**وقال:** يسقط[٧].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦٦).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٢/١٥٨)، والبحر الرائق (٣/١٩٧).

(٣) تقادم العهد عند الشافعية لا يوجب سقوط مهر المثل، كما لا يسقط قيم الأموال إن احتيج فيها إلى معرفة الصفات وعسر الوقوف عليها. ينظر: الشرح الكبير (٨/٢٨٨)، وروضة الطالبين (٧/٢٨٨).

(٤) ينظر: البحر الرائق (٣/١٩٧)، وحاشية ابن عابدين (٣/١٥٠).

(٥) لم أقف عليه في كتب الشافعية فلعله افتراض من المؤلف.

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٥)، والتجريد (٩/٤٥٠٣).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٧٢)، وبحر المذهب (٩/١٧٠).

لأنه لا يتعلق به حكم من أحكام القتل ؛ إذ لا يجب به دية ولا كفارة ولا قود فأشبه الموت .

ولأنها بالجرح لم تمنع نفسها ؛ إذ التسليم مع الجرح يصح ، وفي حال الموت لا نقدر علىٰ المنع ، فإذا لم تمنع لم يسقط مهرها .

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** المستحق للمهر منع التسليم قبل الدخول ، فصار كما لو ارتدت ، أو قتل المولىٰ الأمة[1] .

❁ **قِيلَ:** منع المستحق المبدَل بفعله قبل القبض إبراء عن البدل ، وإبراء المرتد والمولىٰ صحيح ، وإبراؤها وارثها في حال مرضها عن المهر لا يصح ، علىٰ أنهما أبرياء عن حقهما ، والمرأة أسقطت حق الورثة[2] ؛ إذ المهر بعد الموت يجب لهم فلم يصح[3] ، وبالله التوفيق .

|٨٦٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا طلق امرأته بعد الدخول ، وقد سمىٰ لها مهرًا أو لم يسمه فلا متعة لها[4] .

**وعلىٰ أحد قوليه: تجب[5] .**

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٥٠٤)، والشرح الكبير (٨/١٩٦)

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٥).

(٣) ينظر: التجريد (٩/٤٥٠٤).

(٤) وقيل أنها واجبة كما أشار إلىٰ ذلك القدوري. ينظر: المبسوط (٦/٦١)، وبدائع الصنائع (٢/٣٠٣)، والتجريد (٩/٤٧٢١)، وأشار الزيلعي إلىٰ أن المتعة مستحبة لكل مطلقة إلا للمفوضة قبل الوطء أي التي لم يسم لها مهرا فإن المتعة لها واجبة. ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٧)، وتبيين الحقائق (٢/١٤٤).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/٦٢)، والحاوي الكبير (٩/٤٧٥).

لأنها استحقت كمال المهر فلا يجب لها المتعة معه، كما لو مات عنها[1].

ولأن وجوب نصف المسمىٰ ينفي وجوب المتعة فوجوب جميعه أولىٰ.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** للشافعي قول آخر في المطلقة قبل الدخول، وقد سمىٰ لها صداقًا أنه يجب لها المتعة[2].

❁ **قِيلَ:** أبو الحسين القطان وأكثر أصحابهم قالوا فيه قولٌ واحد، ولا متعة لها[3].

وقوله تعالىٰ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ﴾ [البقرة: ٢٤١] نكرة في الإثبات فيقتضي واحدًا، والمتاع ما يُتمتع به، والنفقة يتمتع بها، وهي واجبة لها عندنا[4].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لم تستحق مالًا من غير إتلاف، فأوجب لها عند الطلاق المتعة، كالمطلقة قبل المسيس والفرض.

❁ **قِيلَ:** المهر لا يجب في المدخول بها للإتلاف؛ إذ لو مات عنها قبل الدخول وجب.

ولأن المتعة والمهر يتنافيان؛ بدليل حال بقاء النكاح فلم يجتمعا بعد الطلاق[5].

---

(١) ينظر: التجريد (٤٧٢١/٩).

(٢) قال الشافعي: وإن لم يصبها حتىٰ طلقها فلها المتعة وقال في القديم بدلا من العقدة. ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٥/٩).

(٣) أشار إليه القدوري. ينظر: التجريد (٤٧٢٥/٩).

(٤) ينظر: التجريد (٤٧٢٣/٩)، والمبسوط (٦١/٦).

(٥) ينظر: التجريد (٤٧٢٢/٩).

ولأن الطلاق يُزيل الملك فلا يوجب شيئًا كالعتاق[1]، والمتعة تكون بعض مهر المثل أو بدلًا عنه فلا تثبت مع وجوب المهر.

وما رووه عن ابن عمر أنه قال: «لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها، ولم يمسها زوجها فلها نصف المهر»[2]، محمول على الاستحباب.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هي وإن استحقت المهر فقد أتلف عليها البضع، فأوجب لها مال لتطييب نفسها.

❊ **قِيلَ**: قد أوجبنا النفقة، وبالله التوفيق.

|٨٦٦| **مَسْأَلَةٌ:** قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، قال أصحابنا: ﴿ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]: الزوج؛ لأنه يملك العقد وحده، فإذا كان قد أوفاها مهرها ثم طلقها قبل الدخول، فإنه يُستحب له أن يعفوا ويبرئ عن النصف الآخر أو عن بعضه، وأن يساهلها[3].

**وقال الشافعي في القديم:** ﴿ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]: الولي[4]، فيُعفي الزوجَ عن النصف الذي يلزمه أو عن بعضه.

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٧٢٢)، وبدائع الصنائع (٢/٣٠٣).
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٠٢٣)..
(٣) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/١٥١)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٤١٨)
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٣٣).

روي مثل قولنا عن علي[1]، وجبير بن مطعم[2]، وشريح[3]، ونافع بن جبير[4]، ومحمد بن كعب[5]، وطاوس[6]، والحسن[7]، والنخعي[8]، ومجاهد[9]، وعمار[10]، والشعبي[11]، وسعيد بن جبير[12]، وعلقمة[13].

وروي عن ابن عباس[14] مثل قولهم.

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «وليُّ عقدة النكاح هو الزوج»[15].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٢٦٦).
(٢) أخرجه ابن جرير في تفسيره (٤/٣٢٥).
(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٥٩).
(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٦٢).
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٢٥٨).
(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٢٦٢).
(٧) أخرجه الدارقطني (٣٧٢٤)، والبيهقي (١٤٤٥٩).
(٨) أخرجه الدارقطني (٣٧٢٤).
(٩) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٥٧).
(١٠) أخرجه ابن جرير (٥٣١٧)، والبيهقي (١٤٤٤٦).
(١١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٢٦١).
(١٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٥٨).
(١٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٥٦).
(١٤) روي عن ابن عباس في ذلك روايتان: إحداهما ما رواه حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن عمار بن أبي عمار عن ابن عباس قال: هو الزوج، وروىٰ ابن جريج عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس قال رضي الله بالعفو وأمر به وإن عفت فكما عفت وإن ضنت وعفىٰ وليها جاز وإن أبت. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/١٥١).
(١٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٦٣٥٩)، والدارقطني (٣٧١٨). قال الهيثمي في المجمع (٦/٣٢٠): «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه ابن لهيعة وفيه ضعف»، وقال ابن حجر: «ابن لهيعة مع ضعفه أنه لم يسمع من عمرو، وقد قال الطبراني: إنه تفرد به». ينظر: التلخيص الحبير (٣/٣٩١).

ولأن الزوج يملك العفو عن العين والدين قبل الدخول وبعده، والولي لا يُملِّك الزوج عينًا إلا برضاه، فحمله على الزوج حملٌ على العموم.

ولأن المهر ملك لها فلا يملك الأب إسقاطه، كثمن المبيع وأجرة الدار، أو لا يجوز للأب التبرع بمالها.

* **فَإِنْ قِيلَ:** ﴿ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، الولي(١).

* **قِيلَ:** قبل أن يعقد لا عقدة، وبعده لا تصرف للولي فيه.

* **فَإِنْ قِيلَ:** مهر نكاح له فيه ولاية فأشبه مهر أمته(٢).

* **قِيلَ:** مهر أمته يملكه فيملك إسقاطه، وهذا ملك ابنته فلا يملك إسقاطه، وبالله التوفيق.

|٨٦٧| **مَسْأَلَةٌ:** لا يجب على الزوج نفقة الصغيرة(٣).

**وعلى أحد قوليه:** يجب(٤).

لأن هذا ابتداء استيجاب نفقة بتسليم نفس غير مُنتفع بها فلم يوجَب لها، كما لو طلق الأمة ثم أراد المولى أن يؤويها معه بيتًا ليستحق نفقة العدة فإنه لا يجب.

* **فَإِنْ قِيلَ:** قد وجدت التخلية فأشبهت الكبيرة(٥).

---

(١) ينظر: ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٣٣)، ونهاية المطلب (١٣/٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٧٤).

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/٣٧١)، والمبسوط (٥/١٨٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٣٩)، ونهاية المطلب (١٥/٤٤٨)، وجواهر العقود (٢/١٧٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٣٩)، ونهاية المطلب (١٥/٤٤٨).

۞ قِيلَ: تعذر الانتفاع بها أكثر من ابتداء نشوزها، ولا يوجَب لها مع النشوز، فلأن لا يوجب ها هنا أولى[1]، وبالله التوفيق.

|٨٦٨| **مَسْأَلَةٌ:** على الصغير نفقة امرأته الكبيرة[2].

**وعلى أحد قوليه:** لا يجب[3].

لأنها سلمت نفسًا منتفعًا بها على حكم العقد، فوجبت النفقة لها كما لو كان الزوج بالغًا أو مراهقًا، وتأخُّر التسلم من قبل المتسلم لا يسقط نفقتها، كما لو سافر أو حبس.

**وقولهم:** دخلت في العقد مع العلم بعجزه عن القبض، فصار رضا بسقوط نفقتها.

۞ قِيلَ: يبطل بالزوج إذا كان عنينًا أو مجبوبًا، على أن النفقة لا تجب بتسلم الزوج فعلمها بعجزه عن التسلم لا يكون رضًا بسقوط النفقة[4]، وبالله التوفيق.

|٨٦٩| **مَسْأَلَةٌ:** نفقة الزوجة تجب على قدر كفايتها ولا تُقدّر[5].

**وقال:** على الموسر مُدّان، وعلى المتوسط مد ونصف، وعلى المعسر مُد[6].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/١٨٧).
(٢) ينظر: المبسوط (٥/١٨٧)، والبحر الرائق (٤/١٩٦).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٣٩)، ونهاية المطلب (١٥/٤٤٩).
(٤) البحر الرائق (٤/١٩٦).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٣)، ومجمع الأنهر (١/٤٨٦).
(٦) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٤٥)، والإقناع للماوردي (ص: ١٤٢).

روي عن النبي ﷺ أنه قال لهند: «خُذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] فأوجب الكفاية[2].

ولأن هذه نفقة تجب بحكم الشرع فلا تقدر، كنفقة ذوي الأرحام وأم الولد.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** إطعام يجب في الذمة فأشبه الكفارات[3].

۞ **قِيلَ:** النفقة تجب كفاية، والناس يختلفون فيه، والفقير يُساوي الغني في قدر المأكول، فأوجب مقدار كفايتها، والكفارة عبادة فهي مقدرة تقدير العبادات[4]، وبالله التوفيق.

|٨٧٠| **مَسْأَلَةٌ:** يُعتبر في النفقة حالها[5].

**وقال:** يعتبر حال الزوج[6].

لأن هذه نفقة واجبة فأشبت نفقة ذوي الأرحام.

ولأن الواجب كفاية والناس يختلفون فيه، فاعتبر كفاية المنفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٦٤)، ومسلم (١٧١٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٣).

(٣) ينظر: البيان للعمراني (١١/٢٠٤)، والمجموع شرح المهذب (١٨/٢٥١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٣).

(٥) ذكر الزيلعي أن النفقة إنما تكون بقدر حالهما فإذا كانا موسرين تجب عليه نفقة الموسرات، وإن كانا معسرين تجب عليه نفقة المعسرات، وإن كان أحدهما موسرا، والآخر معسرا تجب عليه نفقة دون نفقة الموسرات، وفوق نفقة المعسرات. ينظر: التجريد (١٠/٥٣٧٩)، وبدائع الصنائع (٤/٢٤).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٢٣)، ونهاية المطلب (١٥/٤٢٤).

وقوله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، فإنه لا ينفق أكثر مما آتاه الله تعالىٰ، وإن لم يكفها قُضي بزيادة في ذمته، والآية لا تنفيه.

وقوله تعالىٰ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فالمعروف الكفاية(١)، وبالله التوفيق.

| ٨٧١ | **مَسْأَلَةٌ:** لا تأخذ المرأة زوجها بنفقة ما مضىٰ إلا أن يكون القاضي قضىٰ به، أو تراضيا علىٰ الفرض(٢).

**وقال:** تكون دينًا لها علىٰ الزوج(٣).

لأن هذه نفقة تجب جزءًا بعد جزء، فلا يصير دينًا بغير قضاء كنفقة ذوي الأرحام، وما يجب للمرأة من أجر السكنىٰ يسقط بمضي المدة إذا لم يُقض بها، كذلك هذا(٤).

**ولا معنىٰ لقولهم:** إن نفقة الزوجة تجب علىٰ معنىٰ العوض؛ بدليل أنها تجب مع يسارها، ولو سلم إليها نفقة مدة فهلكت لم تؤخذ ثانيًا.

❁ **قِيلَ:** السكنىٰ يجب لها مع اليسار، والزكاة إذا هلكت في يدي الفقير لم تجب علىٰ صاحب المال ثانيًا، ولا يكون واحد منهما بدلًا بل يجب صلة

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٤).

(٢) النفقة لا تصير دينًا في الذمة إلا أن يقضي بها قاض، أو يقدرها الزوج ويلزمها نفسه. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٨٨)، والتجريد (١٠/٥٤١٠).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/١١٥)، والحاوي الكبير (١١/٤٥٤).

(٤) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٠).

لها ؛ إذ الزوج ملك البضع ببدل ، فالاستمتاع بملكه لا يوجب عليه بدلًا ، كوطء الأمة ، ولو كان عوضًا عن الاستمتاع لم يجب إلا مؤقتًا كالإجارة ، وسقط بمنعها نفسها لمرض أو طلب بمهر[1].

ويجوز أن تجب عند التسليم ، وتسقط بالنشوز فلا تكون بدلًا عن التسليم ، كالحد يجب للزنا ، والجزية عند وجود الكفر ، ولا تكون بدلًا عنه.

* **فَإِنْ قِيلَ:** المال الذي تستحقه المرأة على الزوج ، ولا يُبتدأ إيجاب بعد الموت يستقر دينًا في الذمة من غير قضاء كالمهر.

* **قِيلَ:** ما يجب لذي الرحم من الدَّين بعقد لا يسقط بمضي المدة ، وما يستأنف وجوبه من النفقة يسقط ، كذلك هذا ، ألا ترى أن المهر لا يسقط بنشوزها والنفقة تسقط به[2]؟

* **فَإِنْ قِيلَ:** ما يجب في حال اليسار والإعسار يصير دينًا في الذمة ، كما لو قضى بها.

* **قِيلَ:** يبطل بالناشزة ، ويجوز أن يصير دينًا بالقضاء وقبله لا يصير ، كالدية على العاقلة[3].

وما يروى عن عمر أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم: إما أن ينفقوا أو يطلقوا أو يبعثوا النفقة[4] ، قيل: معناه: النفقة الواجبة ، وما وجب

---

(١) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١١).
(٢) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٢).
(٣) ينظر: المبسوط (٥/١٨٤).
(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٥/٩٨)، من طريقه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٧٠٦). قال ابن كثير: «إسناد جيد». ينظر: مسند الفاروق (٢/٢٤٥).

يُبعث به، وبالله التوفيق.

|٨٧٢| مَسْأَلَةٌ: إذا أعسر بنفقة امرأته لم يُفرق بينهما[١].

وقال: يُفرق إذا طلبت، ولا يُمهل أكثر من ثلاثة أيام، وله قولان فيما أعسر بالمهر قبل الدخول، وإن أعسر بعد الدخول لم يُفرق قولًا واحدًا[٢].

ابن عباس قال في الرجل لا يُنفق على امرأته: «لا يُفرق بينهما، ابتليت فلتصبر»[٣].

ولأنه كان من أهل الصُفَّة وفقراء الصحابة من يتعذر عليه الإنفاق أحيانًا، ولم يبلغنا أن النبي ﷺ خيّر نساءهم، ولو كان واجبًا لفعل[٤].

ولأنه لم يملك البضع بالنفقة، فعجزه عنها لا يوجب إزالة الملك عن البضع، كما لو عجز عن دين لها أو نفقة أمتها أو نفقة اليسار.

ولأنه لا يُفرّق للنفقة الماضية؛ لأنها دين فأشبت سائر الديون[٥]، ولا للآتية؛ لأنها لم تجب بعد، ولا للحال؛ لأن الحال يحول، ونفقة الحال واجبة

(١) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٨٧)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٢٨٧).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٩٨)، ومختصر المزني (٨/٣٣٨).
(٣) لم أقف عليه عن ابن عباس وروىٰ بنحوه عن معمر قال: سألت الزهري، عن الرجل لا يجد ما ينفق علىٰ امرأته يفرق بينهما؟ قال: يستأنىٰ له، ولا يفرق بينهما، وتلا: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧] قال معمر: وبلغني، عن عمر بن عبد العزيز مثل قول الزهري. أخرجه عبد الرزاق (١٢٣٥٥).
(٤) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٨٨).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٢٨٧)، والبناية شرح الهداية (٥/٦٧٢).

أو غير واجبة فدخلت فيما قلنا.

وفي العنين يُفرّق لعدم استقرار المهر[(١)].

وفي العبد يقال للمولىٰ بع من غير وجوب؛ لأنه لا يجب للعبد ضمان علىٰ المولىٰ، وفي المرأة لا يُجبر الزوج علىٰ الطلاق من غير وجوب، وقد بينا أن الواجب لا يوجب التفريق أيضًا.

ولأن المهر تقرر بالوطء الأول فتأخر التسليم فيه لا يوجب خيارًا، كما لو امتنع عن الأداء وهو موسر.

ولأن المهر دين فعجزه عن أدائه إليها لا يوجب التفريق كسائر الديون، وكما لو دخل بها.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإذا عجز عن الإمساك تعين التسريح عليه[(٢)].

۞ **قِيلَ:** لا يخير بين أمرين إلا القادر عليهما، كما لا يقال: إما أن تأكل هذا الرغيف أو تصعد السماء، فلم تتناول الآية المعسر، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، فإذا لم يبخل بمقدور عليه لم يكن ممسكًا بغير معروف، علىٰ أنه يُسرحها بأن يدعها حتىٰ تكتسب، فأما التفريق فليس في الآية[(٣)].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٥٥).

(٣) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٨٩).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** عجزه عن الحق الذي لا يخلو النكاح منه يُوجب ثبوت الخيار لها، كما لو عجز عن وطئها بالعنّة[١].

❁ **قِيلَ**: المفوضة إذا ماتت خلا نكاحها عن المهر، والنفقة لا تجب بالنكاح، وإنما تجب بمعنًى آخر، وكثير منه يخلو عن النفقة، كالمولىٰ إذا لم يُؤوِ للأمة بيتًا، أو كانت المرأة ناشزة أو صغيرة أو محبوسة لم تجب النفقة، وإذا علمت المرأة قبل العقد بأن الزوج عنين أو مجبوب لم تستحق الوطء، وفي العنين يُفرّق لعدم استقرار البدل لا للعجز عن الوطء[٢].

ولأنها لا تصل إلىٰ الوطء إلا من قبله، فلو لم يُخيرها فوتنا عليها أصلًا، وتصل إلىٰ النفقة من جهة غيره، وتستدين عليه فلا يفرّق به.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** عجز المنفق عن نفقة من يلزمه نفقته سبب يوجب[٣] خيارًا في إزالة الملك عنه، كما لو عجز عن نفقة عبيده وإمائه وسائمته، فإنه يباع عليه[٤].

❁ **قِيلَ**: يبطل بما لو عجز عن نفقة الموسرين، أو عن نفقة أمتها، وفي العبيد يخليهم ليكتسبوا، وفي السائمة لا يُجبر علىٰ بيعها بحال[٥].

علىٰ أنه يفرض لها النفقة علىٰ الزوج فترجع عنه إلىٰ بدل، والمملوك لا يرجع إلىٰ بدل؛ فلذلك لا يُجبر علىٰ بيعه، علىٰ أنه في العبيد لا يوجب إتلاف

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٥٥).

(٢) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٩٤).

(٣) كتب فوقها: «أوجب للملوك».

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٥٦).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٩٤).

الملك عليه وإزالته من غير عوض، فكذلك يجب أن لا يُتلف عليه ملكه في الزوجة، والنفقة وإن كانت مقصودة بالنكاح فنفقة اليسار مقصودة والصلاح والوطء الثاني والثالث، ثم فوت هذا لا يوجب تفريقًا، فكذلك هذا، وبالله التوفيق.

|٨٧٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا عجل لامرأته نفقتها ثم مات الزوج لم يُسترد منها في قول أبي حنيفة[١].

**وقال:** يسترد[٢].

لأن النفقة تجب صلة، قال ﷺ: «كل معروف صدقة»[٣] ونفقة الرجل علىٰ أهله من المعروف، والصلة إذا تمت بالتسليم لم يثبت الرجوع فيها بعد موته، كما لو وهب ثم مات.

وعندهم تجب علىٰ طريق العوض[٤]، فإذا لم يسلم له بدله ثبت الرجوع فيه للورثة، وبالله التوفيق.

---

(١) وقال أبو يوسف: إذا أسلف الزوج زوجته النفقة، ثم ماتت أو مات لم يرجع عليها بشيء. وبه يفتىٰ. وقال محمد: إذا مات يرجع بحصة ما بقي، وهذا مبني علىٰ أنها صلة اتصلت بالقبض فلا يرجع فيها بعد الموت كالهبة. ينظر: التجريد (٥٤١٤/١٠)، ومجمع الضمانات (ص: ٣٤٣).

(٢) عند الشافعية: لو مات عنها استرجع الورثة منها نفقة ما زاد علىٰ يوم الموت وقال أبو حنيفة لا يرجع به بعد القبض كالهبة وبناه علىٰ أصله في أنها بر ومواساة وهي عند الشافعية معاوضة فرجع بها عند عدم الاستحقاق. ينظر: الحاوي الكبير (٤٣٥/١١).

(٣) أخرجه البخاري (٦٠٢١)، وأخرجه مسلم (١٠٠٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٣٥/١١).

|٨٧٤| **مَسْأَلَةٌ:** المبتوتة لها السكنى والنفقة[١].

وقال: لا نفقة لها إلا أن تكون حاملًا[٢].

لأنها معتدة عن طلاق تستحق السكنى، فاستحقت معه النفقة إذا لم يوجد منها إبراء، كما لو قال لها: أنت بائن[٣].

وأما إذا اختلعت على نفقتها وسكناها فلا نفقة لها، ولها السكنى[٤]؛ لأن النفقة حق لها، وقد أبرأت عنه، والسكنى حق لله تعالى فلا يسقط بإبرائها.

ولا يُستدل به على أن السكنى آكد فلذلك أُوجب؛ لأن النفقة حق آدمية فإيجابها وتقديمها أولى[٥].

ولأنها لو كانت حاملًا وجبت لها النفقة، وكذلك إذا كانت حائلًا، كما لو كان الطلاق رجعيًّا، وكونها زوجة لم يُوجب تفريقًا بينها وبين المبتوتة في السكنى، وعنده في تحريم الوطء وكذلك في النفقة، وانقطاع بعض أحكام النكاح بالبينونة لا يوجب انقطاع جميعها كالرجعي، وكما قلنا في السكنى والنفقة مما ينبغي أن يوجب لها؛ لأنها باقية على حكم التسليم الأول وهي ممنوعة عن الأزواج، والخروج للاكتساب لحق الزوج فأشبهت الزوجة[٦].

وأما المتوفى عنها زوجها فلم تبق على حكم التسليم، ولا تكون في سكنى

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٣٣٨)، ومختصر القدوري (ص: ١٧٢)، والمبسوط (٥/٢٠١).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/١١٦)، والحاوي الكبير (١١/٤٦٥).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٣٣٨)، والمبسوط (٥/٢٠١).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/٣٣٩).
(٥) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٩٦).
(٦) ينظر: المصدر السابق.

الزوج، وتخرج بالنهار وتكتسب؛ فلذلك لم تجب لها النفقة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦]، فجعل كونهن حاملًا شرطًا في وجوب النفقة، وبيانًا أن مدته إلىٰ أن تضع الحمل، فهو عام عليهما(١).

❁ **قِيلَ:** أول الآية ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦] فوجب أن لا يضار الحامل والحائل بترك الإنفاق عليهما ومنع أجرة السكنىٰ منهما، وإعادة ذكر الحامل لبيان الغاية التي تستحق النفقة إليها؛ إذ مدة الحمل تطول وتقصر فتجب لها وإن زادت المدة علىٰ ثلاث حيض، علىٰ أن هذا استدلال بدليل الخطاب ولا نقول به(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت: «أتيت النبي ﷺ أريد النفقة بعدما طلقني زوجي ثلاثًا، فقال عليه السلام: «لا سكنىٰ لك ولا نفقة، إنما النفقة لمن يملك الزوج رجعتها»(٣)(٤).

❁ **قِيلَ:** الخبر مطعون فيه، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا(٥) بقول امرأة لعلها وهمت أو غلطت، سمعتُ النبي ﷺ

---

(١) ينظر: الأم للشافعي (٥/١١٦)، والحاوي الكبير (١١/٤٦٥).

(٢) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٩٧)، والمبسوط (٥/٢٠٣).

(٣) هذا اللفظ ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١١/٢٤٦)، والحديث أصله في صحيح مسلم (١٤٨٠)، دون زيادة «إنما النفقة لمن يملك الزوج رجعتها»، فقد رواها جابر الجعفي عن عامر عن فاطمة، وقد قال الدارقطني: «جابر الجعفي متروك». ينظر: سنن الدراقطني (٢/٢٥٢).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٥/١١٧)، والحاوي الكبير (١١/٤٦٥).

(٥) طرف من الحديث السابق.

يقول: «المطلقة ثلاثًا لها السكنى والنفقة»، وعائشة قالت: إنها امرأة فتنت الناس بروايتها لهذا الخبر(١)، وكان أسامة بن زيد زوجها ينكر عليها إذا روت هذا الحديث(٢).

ورواه الشعبي في مسجد الكوفة فحصبه(٣) الأسود وقال: أتروي حديثًا رده أمير المؤمنين عمر(٤)، على أن الخبر حكاية حال، ويحتمل أنها كانت ناشزة، ألا ترى أنه لم يوجب لها السكنى أيضًا وهي واجبة لغير الناشزة بالاتفاق؟ يدل عليه ما روى سعيد بن المسيب: أنها استطالت على أحمائها بلسانها، فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم(٥)، وقال ابن عباس: استطالت على أحمائها(٦).

وقوله: «إنما النفقة لمن يملك الزوج رجعتها» زيادة لم يرو من يوثق بروايته(٧)، وهو محمول على أن نفقة الزوجات لمن يملك الزوج رجعتها.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** انقطاع النكاح وعدم الحمل مانع عن النفقة كالمتوفى عنها

---

(١) ينظر: صحيح مسلم (١٤٨١).

(٢) ينظر: التجريد (٥٣٩٩/١٠)، والمبسوط (٢٠١/٥).

(٣) حصبه: أي رماه بالحصباء إنكاراً منه على هذا الحديث. ينظر: صحيح مسلم (١٤٨٠).

(٤) ينظر: صحيح مسلم (١٤٨٠).

(٥) أخرجه الشافعي في مسنده (ص: ٣٠٢)، من طريقه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٧٢٦).

(٦) أشار إليه البيهقي فقال: «استدل الشافعي بقول ابن عباس في قول الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] قال: أن تبذو على أهل زوجها فإن بذت فقد حل إخراجها». السنن الصغرى للبيهقي (١٨٩/٣)، وينظر: الأم للشافعي (١١٧/٥).

(٧) رواه جابر الجعفي عن عامر عن فاطمة، وقد قال الدارقطني: «جابر الجعفي متروك». ينظر: سنن الدراقطني (٢٥٢/٢).

زوجها، وغير المدخول بها[١].

❁ قِيلَ: في المتوفى عنها زوجها لا حق للزوج ولا عين ملك فلا توجب، ولم تختلف الحامل والحائل فيه، فكذلك ها هنا وجب أن لا تختلف، وغير المدخول بها لا سكنى لها فلا نفقة، ولم تحبس لحق هذا الزوج.

وباطل أن يقال: نفقة الحامل تجب للحمل؛ لأنه لو كان كذلك لوجب أن يكون في مال الحمل إذا ورث من أخ لأم، وعلى المولى إذا كانت المرأة أمة، ولوجب أن تجب للحمل في النكاح الفاسد[٢]، وبالله التوفيق.

|٨٧٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا وجبت على الزوج نفقة مدة ثم مات سقطت عنه[٣].

**وقال الشافعي:** لا تسقط[٤].

لأن النفقة تجب صلة، فقد أُوجبت على الزوج على صفة، فإذا فات إبقاؤه على تلك الصفة سقطت عنه، كما قلنا في الجزية: لا تؤخذ بعد إسلامه؛ لأنه لا يمكن استيفاؤها على جهة الصغار.

وعنده: تستوفي الجزية، كذا هذا[٥]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٦٦).

(٢) ينظر: التجريد (١٠/٥٣٩٧).

(٣) إن مات الزوج بعد شهر من القضاء عليه بالنفقة سقطت وكذا إذا ماتت زوجته، لأن النفقة صلة، والصلات تسقط بالموت، كالهبة تبطل بالموت قبل القبض. ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٣)، والبناية شرح الهداية (٥/٦٧٦)، وتبيين الحقائق (٣/٥٦).

(٤) قال الشافعي بأنها تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت؛ لأنها عوض عنده، فصارت كسائر الديون. ينظر: الشرح الكبير (١٠/٤٠)، وروضة الطالبين (٨/٤٢٣).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٣).

|٨٧٦| **مَسْأَلَةٌ:** النفقة واجبة لذي الرحم المحرم يُراعى في صغارهم الفقر، وفي كبارهم الفقر والزمانة(١)، وفي إناث الكبار الفقر دون الزمانة، وكذلك في نفقة الابن تراعى الحاجة دون الزمانة(٢).

**وقال الشافعي:** تجب بالولاد فقط(٣).

عمر قال: إذا لم يكن أب فالنفقة على العصبات(٤).

وزيد قال في الأم والعم: النفقة عليهما على قدر الميراث(٥).

قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، إلى قوله: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فأوجب على المولود نفقة الأم للولد؛ إذ عَمّ قبل الطلاق وبعده، فكان ذلك لمكان الولد، ونفي المضارة عام، وفي ترك الإنفاق على الوالد إضرار فدخل في العموم، ثم أوجب مثل ذلك على جميع الورثة، واللام للجنس باسم الوارث، فوجب أن يكون ذلك عليهم على قدر إرثهم(٦).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي عن ابن عباس أنه حمل قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]

---

(١) الزمانة: المرض الدائم. ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ٥٠)، والتوقيف على مهمات التعاريف (ص: ١٨٧).

(٢) وقيل: النفقة واجبة لكل ذي رحم محرم من جهة النسب إذا كان فقيرًا موافقًا في الدين. ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٢)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار (ص: ٢٦٥).

(٣) ينظر: البيان للعمراني (١١/٢٤٩)، والنجم الوهاج (٨/٢٧٨).

(٤) أخرجه سعيد بن منصور (٢/١٤٤)، والبيهقي (١٥٧٣٩)، قال البيهقي: «حديث ابن المسيب مع انقطاعه يتفرد به عمرو بن شعيب».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٥٠٥).

(٦) ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٣)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٢٩٣).

علىٰ نفي المضارة[١].

۞ قِيلَ: اقتضىٰ نفي المضارة الإنفاق، فحمله عليه لا ينفي النفقة عن الورثة، ولا يثبت بهذا القول خلافه لعمر وزيد؛ يدل عليه: أن غير هذا النوع من الإضرار يُنهىٰ عنه الكافة، فالذي يختص بالقرابة النفقة[٢].

ولأن بينهما قرابة توجب الموارثة وتحرم المناكحة، فوجب أن تستحق بها النفقة كالولاد.

ولأنه ذو رحم محرم منه بسبب واحد، أو بينهما قرابة توجب حق الحضانة، وتوجب حق الاستئناس، وتمنع التفريق، وتمنع الرجوع في الهبة، فأشبت الولاد.

۞ فَإِنْ قِيلَ: من لم يؤمر بنفقته بالاكتساب أو عند مخالفة الدين لم تلزمه نفقته بالقرابة؛ دليله بنو الأعمام، وربما قالوا: بأن القرابة التي لا تمنع الشهادة، ولا توجب أداء زكاة الفطر عنه، ولا تحرم دفع زكاة الفطر إليه، ولا تحرم دفع الزكاة إليه أو جريان القصاص من الطرفين، أو لا توجب الترقب علىٰ حكمه في الكتابة لا تستحق بها النفقة؛ دليله بنو العم[٣].

۞ قِيلَ: حق الأخ لا يجب في عين أخيه ولا في منافعه، فلذلك لم يؤمر بالاكتساب، ولم يؤمر بمصاحبة أخيه بالمعروف مع اختلاف الدين؛ فلذلك يقتله[٤] ولا ينفق عليه، والشهادة ترد للتهمة؛ بدليل الفسق، والتهمة تختص

(١) ينظر: النجم الوهاج (٨/٢٨٠)، ومغني المحتاج (٥/١٨٤).
(٢) ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٣).
(٣) ينظر: النجم الوهاج (٨/٢٨٠)، وإعانة الطالبين (٤/١١١).
(٤) أي: إذا كان مخالفا للدين محاربا.

بالوالدين، ولا يؤدي زكاة الفطر عن أبيه وينفق عليه، ولا حق له في ماله في الحال وإنما يُوجب فلم يحرم دفع الزكاة إليه، ولا يجب القصاص على الأب للابن، ويجب على الابن وهما يستويان في النفقة فلم يعتبر به[1].

ولا يتكاتب عليه؛ لأن الحق يجب في ماله ولا مال للمكاتب، وأما النفقة فإنها توجب لإزالة الضرر مع وجود كمال القرابة وهو موجود، على أن المعاني التي ذكرها لم توجب إلحاق بني العم بالأجانب في جواز المناكحة، فكذلك في النفقة، والأخ أقرب من ابن العم وأبعد من الأب؛ فأُوجبت نفقته في ماله، ولم توجب في كسبه فيكون متوسطًا بينهما.

وإنما تجب على الخال مع وجود ابن العم ـ وإن كان الإرث لابن العم ـ؛ لأن الخال ذو رحم محرم وهو من الإرث وبه يُستحق[2]، وبالله التوفيق.

|٨٧٧| **مَسْأَلَةٌ:** نفقة الابنة البالغة تجب على الأب[3].

**وقال الشافعي:** لا تجب[4].

لأن الأنوثة التي فيها أقعدتها عن التكسب، فصار كالصغر والزمانة، ولا تؤخذ منهن جزية كما لا تؤخذ من الزمنى[5]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٣).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٢٩٣)، والبناية شرح الهداية (٥/٧٠٧).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٢٩٣)، والجوهرة النيرة (٢/٩٣).

(٤) ينظر: بحر المذهب (١١/٤٩٠)، والبيان للعمراني (١١/٢٥٢).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٢٩٣).

|٨٧٨| **مَسْأَلَةٌ:** الجديد والعتيق والبكر والثيب في القسم سواء(١).

**وقال:** تختص البكر بسبع والثيب بثلاث ثم يُسوّي، وإن قسم للثيب سبعًا قضاهن سبعًا سبعًا(٢).

قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ١٢٩]؛ فدل علىٰ أنه في الجملة مأمور بالعدل.

وروي أن النبي ﷺ قال: «من كان عنده امرأتان فمال إلىٰ إحداهما دون الأخرىٰ جاء يوم القيامة وشقه مائل»(٣).

ولأن القسم من حقوق النكاح وقد استويا في الملك فاستويا في حقوقه كالنفقة والعدة وحال البقاء، ولو وجب تفضيله في الابتداء لوجب حال البقاء كالحرة والأمة.

ولأن الثلاث لو كان حقًا للثيب لكان إذا سَبّع لها رَبّع للباقيات، فلما سَبّع لهن دل علىٰ أنها لا تختص بشيء.

وقوله ﷺ لأم سلمة: «إن شئت سبعت لك وسبعت لهن، وإن شئت ثلثت لك ودُرت»(٤)، أي: دُرتُ بالبلد؛ إذ لو كان الثلاث واجبًا لم يبطل بإضافة غيره إليه ولَمَا علق بمشيئتها، وجواز البداية بها لا يدل علىٰ جواز تفضيلها، كما لو

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٢)، والتجريد (٩/٤٧٣٠).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٠٦)، والحاوي الكبير (٩/٥٨٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٣)، والتجريد (٩/٤٧٣١)
والحديث أخرجه أبو داود (٢١٣٣)، والترمذي (١١٤١)، والحاكم في المستدرك (٢٧٥٩).
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين» ووافقه الذهبي.

(٤) أخرجه مسلم (١٤٦٠).

تزوج بكرين معًا[١]، وبالله التوفيق.

|٨٧٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا سافر بواحدة من نسائه بغير قرعة لم يقض للباقيات[٢].

**وقال:** يقضي[٣].

لأنه ليس عليه أن يسافر بواحدة، فلا حق لهن في تلك الحال، فلا يجب أن يقضيهن، كما لو أخرج بقرعة؛ إذ لو كان حقًّا لهن لم يبطل بالقرعة كحال الحضر، وإنما كان يُقرع رسول الله ﷺ إذا سافر[٤] تطييبًا لأنفسهن[٥]، وبالله التوفيق.

|٨٨٠| **مَسْأَلَةٌ:** **قال الشافعي:** إذا أصاب حُرة كره له وطئ أخرىٰ في ليلها إلا بإذنها، ولا بأس ذلك في الجواري[٦].

وهذا لا يصح؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۞ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] ولم يشترط الاستئذان.

وروي أن النبي ﷺ كان يطوف علىٰ نسائه ويغتسل غُسلًا واحدًا[٧]، ولم يُرو أنه استأذنهن.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٣)، والتجريد (٩/٤٧٣٢).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٧٣٦)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٣).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٠٧)، والحاوي الكبير (٩/٥٩٢).

(٤) أخرجه البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٢٤٤٥).

(٥) ينظر: التجريد (٩/٤٧٣٦).

(٦) ينظر: التهذيب (٥/٤٢٤)، والشرح الكبير (٨/١٨١).

(٧) أخرجه البخاري (٥٠٦٨)، ومسلم (٣٠٩).

ولأنه يحل له وطئ الأخرىٰ فجاز بعد الأولىٰ كالجارية.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** وطئ الأخرىٰ في ليلتها يغيظها.

۞ **قِيلَ**: قد أرضاهن، ويبطل بوطئ الجارية في ليلة الحرة، وبالله التوفيق.

|٨٨١| **مَسْأَلَةٌ:** الأم أحق بالغلام حتىٰ يأكل وحده ويشرب وحده، وبالجارية حتىٰ تحيض(١).

**وقال:** يُخير الولد إذا بلغ سبعًا أو ثمانية(٢).

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «الأم أحق بولدها ما لم تتزوج»(٣).

ولأن الأم أحنىٰ وأشفق وأرق، والله تعالىٰ خلقها وخلق رزقه معها، فتكون هي أولىٰ بحفظ الولد، فإذا أكل الغلام وحده احتاج إلىٰ أدب الرجال فالأب أولىٰ، والابنة تحتاج إلىٰ أدب النساء فالأم أولىٰ بها، فإذا حاضت احتاجت إلىٰ التزويج والأب وليها فكان أولىٰ بها(٤).

---

(١) ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٧)، والمحيط البرهاني (٣/١٧٦))

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٩٩)، والبيان للعمراني (١١/٢٨٧)، وروضة الطالبين (٩/١٠٣).

(٣) أخرجه أحمد (٦٨٩٣)، والدارقطني (٣٨٠٩) قال ابن الملقن: «إسناد ضعيف». ينظر: البدر المنير (٨/٣٢٤)، وقال ابن حجر: «وفيه المثنىٰ بن الصباح وهو ضعيف، ويقويه ما رواه عبد الرزاق عن الثوري، عن عاصم، عن عكرمة، قال: خاصمت امرأة عمر إلىٰ أبي بكر، وكان طلقها، فقال أبو بكر: هي أعطف وألطف وأرحم وأحق وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج». ينظر: التلخيص الحبير (٤/٢١).

(٤) ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٨).

ولأن التخيير أمرٌ يرجع إلىٰ الرأي، والصبي لا رأي له فلا يخير، وهذا إما أن يكون حقًّا للصبي فلا يُوقف علىٰ اختياره كالأموال، وإما أن يكون حقًا للأم فلا يسقط باختياره، كما لو اختار عمه.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روىٰ أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه خير غلامًا بين أبيه وأمه(١)، وكذلك فعل عمر(٢) وعلي(٣) قال لغلام أصغر منه: هذا أيضًا إذا بلغ خيرته(٤).

❁ **قِيلَ:** لا يفهم من إطلاقِ اسم الغلام غير البالغ فصرفناه إلىٰ البالغ؛ إذ الظاهر أنه يخيَّر من له خيار؛ يدل عليه أن عليًا قال: «وهذا أيضًا إذا بلغ خيرته». وإطلاق البلوغ يُفيد ما ذكرنا؛ يدل عليه أنه روي عن أبي بكر وعلي وابن مسعود أنهم قالوا: «الأم أحق به ما لم تتزوج»(٥)، علىٰ أنه روي أن الغلام لما مال إلىٰ أحدهما قال عليه السلام: «اللهم اهده» فمال إلىٰ الآخر(٦)، ويجوز أن يُخير مع دعوة مستجابة، ونحن لا نعلم أنه يختار ما يكون خيرًا له فلا نُخيره(٧)، وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٥٧)، قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) عن عبد الرحمن بن غنم، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خير غلاما بين أبيه وأمه. أخرجه البيهقي السنن الكبرىٰ (٦/٨).

(٣) عن عمارة الجرمي، قال: خيرني علي رضي الله عنه بين أمي وعمي، ثم قال لأخ لي أصغر مني: وهذا أيضا لو قد بلغ مبلغ هذا لخيرته. أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ (٦/٨).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٥/٩٩)، والبيان للعمراني (١١/٢٨٧).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٢٥٩٨).

(٦) أخرجه أحمد (٢٣٧٥٥)، والنسائي (٣٤٩٥)، وابن ماجه (٢٣٥٢). قال البوصيري: «هذا إسناد ضعيف». ينظر: مصباح الزجاجة (٣/٥١).

(٧) ينظر: التجريد (١٠/٥٤٠٩).

|٨٨٢| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوجت الأم ثم طُلقت رجعية لم تعد لها للحضانة(١).

**وقال:** تعود(٢).

لأن الزوجية بقيت؛ قال الله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وهما يتوارثان فأشبه قبل الطلاق(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** وقوع الطلاق يعديها إلىٰ حقها كالبائن وغير المدخول بها(٤).

۞ **قِيلَ:** للزوج أن يراجعها ويتصرف فيها، فإذا كانت تحت يد الزوج لم يعد حقها، وفي البائن صارت أحق بنفسها فعاد حقها(٥).

وإنما لا يُسافر زوج الرجعية بها لكونها في العدة، وبالله التوفيق.

|٨٨٣| **مَسْأَلَةٌ:** الأخت من الأم أحق بالحضانة(٦).

**وقال:** الأخت من الأب أحق(٧).

لأنهما استويا في الدرجة والأم أولىٰ، فمن يدلي بها أولىٰ؛ دليله الجدة من الأم تكون أولىٰ من الجدة من الأب(٨).

(١) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٨)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٤١١).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٩٩)، والحاوي الكبير (١١/٥١٠).
(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٤١١)، والبحر الرائق (٤/١٨٣).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٥١٠).
(٥) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٨).
(٦) ينظر: الجوهرة النيرة (٢/٩٠)، والتجريد (١٠/٥٤١٧).
(٧) ينظر: المهذب (٣/١٦٥)، وبحر المذهب (١١/٥١٧).
(٨) ينظر: التجريد (١٠/٥٤١٧).

※ **فَإِنْ قِيلَ:** فيه معنىٰ الحضانة والتعصيب(1).

۞ **قِيلَ**: الأم أولىٰ من الأب والتعصيب للأب والجدة أولىٰ من الأخت من الأب، وبالله التوفيق.

|٨٨٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوج بامرأة غائبة عنه فجاءت بولد لستة أشهر ثبت النسب منه(2).

**وقال:** إذا لم يكن الوطء مُمكنًا بينهما لم يثبت(3).

لما روي أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»(4)، قال ابن الأعرابي: الزوج يُسمىٰ فراشًا(5).

قال بعض الهُذَليين:

بَاتَــتْ تُعَانِقُــهُ وَبَــاتَ فِرَاشُــهَا ❊ خَلِـقَ الْعَبَـاءَةِ فِـي الـدِّمَاءِ قَتِيـل(6)

والفراش له فالولد له.

ولما أتىٰ الولد علىٰ النعت المكروه علم ﷺ أنه من الزنا، قال: «لولا

---

(1) ينظر: بحر المذهب (11/518).

(2) ينظر: التجريد (10/5270)، والاختيار لتعليل المختار (3/179).

(3) ينظر: الشرح الكبير (13/569)، وأسنىٰ المطالب (3/393).

(4) أخرجه البخاري (2053)، ومسلم (1457).

(5) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال (8/368)، والتوضيح لشرح الجامع الصحيح (30/545).

(6) والقائل هو: أبو علي الفارسي، وقيل جرير. هكذا وجدته ينسب عند أهل الفقه والأثر، ولم أجده عند أهل اللغة.

الإيمان لكان لي ولها شأن»[1]، وألحقه بالزوج.

ولأنه ملَك البضع بعقد النكاح وله ماء فصح فراشه، وثبت نسب الولد إذا أمكن حُدوثه، كما لو كان الوطء ممكنًا.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فالعلوق سبق النكاح؛ فلذلك لا يثبت.

ولأنه لو كان الوطء شرطًا في ثبوت النسب لكان حقيقته شرطًا لا إمكانه كالعقد، ولو جاءت به لستة أشهر ثبت النسب، ولو كان إمكان الوطء شرطًا[2] لزيدت مدته علىٰ ستة أشهر؛ إذ لا تلد لأقل من ستة أشهر.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تيقنا أن الولد لم يُخلق من مائه حال قيام النكاح فلا يلحق به، كما لو كان الزوج صبيًّا، أو ولدت لأقل من ستة أشهر.

❁ **قِيلَ:** لو كان مع امرأته في دار ولم يدخل بها، ووطئها رجل بشبهة فوجب الصداق عليه، ثم جاءت بولد ألحق بالزوج لا بالواطئ، وإذا زنىٰ ببكر وافتضها وأغلق عليها بابًا فجاءت بولد بشبهة لم يثبت النسب فيه؛ فدل علىٰ أنه يُعتبر في الولد الفراش لا الوطء[3]، وكونه مخلوقًا من مائه، والتمكن من الوطء موجود في النكاح الفاسد وملك اليمين، ولم يثبت النسب به لعدم الفراش، وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٧).

(٢) إمكان الوطء مع الفراش غير معتبر. ينظر: التجريد (٥٢٧٣/١٠).

(٣) ينظر: التجريد (٥٢٧١/١٠).

|٨٨٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا تزوج امرأة على أنها حرة فولدت منه ثم استُحقت غرم قيمة الولد يوم الخصومة[(١)].

**وقال:** يوم الولاد[(٢)].

لأنه يغرم بالمنع؛ بدليل أنها لو ولدت ميتًا لم يغرم، والمنع بعد الطلب، فروعي قيمته يوم المنع والخصومة.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تلفه على المالك بالعتق فقوموا في أول حاله احتمل التقويم وهو يوم السقوط.

❁ **قِيلَ:** ولد المغرور[(٣)] يعلق على الحرية[(٤)]، فالتلف وقع يوم العلوق، فكان يجب أن يلزمه قيمته يوم العلوق، فإن علم وإلا رُجع إلى قول الزوج فيه، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) ينظر: المبسوط (١٨١/١٧)، والبناية شرح الهداية (٣٣٩/٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير (١٢٤/٤)، وروضة الطالبين (٤١١/٣).

(٣) هو الرجل يزوج رجلا مملوكة على أنها حرة فقضى أن يغرم الزوج لمولى الأمة غرة ويكون ولدها حرا ويرجع الزوج على من غره بما غرم، وسمي مغرورًا؛ لأن البائع غَرَّهُ وباع له جارية لم تكن ملكًا له. ينظر: الفائق في غريب الحديث (٦٤/٣)، والنهاية في غريب الحديث والأثر (٣٥٦/٣).

(٤) ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة ﵃. ينظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، والهداية في شرح بداية المبتدي (٢٦١/٣).

# كتاب الطّلاق

|٨٨٦| **مَسْأَلَةٌ:** طلاق المكره واقع[١].

**وقال:** لا يقع[٢]، وقال بعض أصحابه: إنما لا يقع إذا نوىٰ به طلاقًا من وثاق أو نحوه[٣].

لما روي أن رجلًا تدلىٰ من جبل فأخذت امرأته سكينًا، وقالت له: طلقني ثلاثًا وإلا أقطع هذا الحبل فطلقها ثلاثًا، فسئل النبي ﷺ فأمضىٰ عليها، وقال: «لو شاء الله لابتلاه بأكثر من ذلك»[٤].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»[٥].

ولأنه وُجد صريح الإيقاع ممن يصح منه القصد في الحال وعُدِم القصد فوقع، كما لو طلق هازلًا، أو بشرط الخيار.

ولأنه لو نوىٰ به الطلاق وقع، فلو أبطلناه أبطلناه لعدم النية، وعدم النية لا يمنع وقوعه، كما لو طلق وهو لا ينوي[٦].

---

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٩١٢)، والاختيار لتعليل المختار (٣/١٢٤).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٨/٤٣٣)، والحاوي الكبير للماوردي (١٠/٢٣١).

(٣) ينظر: نهاية المطلب للجويني (١٤/١٥٦)، ومغني المحتاج للشربيني (٣/٢٩٠).

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١١٣٠) لكن بلفظ: «لا قيلولة في الطلاق»، وهو حديث ضعيف، ضعفه العقيلي في الضعفاء الكبير (٢/٢١١).

(٥) أخرجه الترمذي (١١٩١) وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث».

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٢٥١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي عن النبي ﷺ أنه قال: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1].

۞ **قِيلَ**: العين لم تُرفع، والإثم والحكم لا لفظ له، ولا تجوز دعوى التعميم فيه، فإن صرفه إلى الحُكم صرفناه إلى الإثم، ويكفي إضمار أدنى ما يستقل به اللفظ.

ورفع الحكم لا يتضمن[2] الإثم؛ إذ الخاطئ لا يأثم وحكمه ثابت[3].

وقوله ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»[4] أنه لا ينغلق ويكون نافذًا، ولا يُفهم من الإغلاق الإكراه[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لو أكره على الإقرار بالطلاق لم يُحكم به، وما يَسلب الإكراه بالباطل حكم الإقرار، فإنه يسلب حكم إنشائه في اللزوم كالبيع[6].

۞ **قِيلَ**: يبطل بالإكراه على الإقرار بالقتل، فإنه يَسلب حكمه فلا يسلب حكم القتل؛ لأن المكره عنده يُقتل ويأثم بالاتفاق، وكذلك الزنا، وأما الإقرار فلا يجب الحق به، وهو إخبار عن سابق يدخله الصدق والكذب، فإذا اقترن به الإكراه فالظاهر أنه كذب، فلا يُقضى عليه به، والإيقاع لا يدخله الكذب ولا

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥)، وقال ابن حجر: «هذا حديث حسن».

(٢) كتب فوقها: «يَنْضم».

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٠).

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٩٣)، وابن ماجه (٢٠٤٦)، وأحمد (٢٦٣٦٠)، وضعفه ابن حجر. ينظر: التلخيص الحبير (٣/٤٥٠).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٢٢)، والمعتصر من المختصر من مشكل الآثار (١/٣١٤).

(٦) ينظر: البيان للعمراني (١٠/٧١)، والشرح الكبير (٨/٥٥٧).

يقف على النية فلا يبطل حكمه كالقتل[١].

وأما البيع فالإكراه يُزيل الرضا بزوال الملك به، والبيع مع عدم الرضا لا يلزم ولا يزول الملك به، كما لو باع شرط الخيار أو هازلًا، وعدم الرضا لا يمنع وقوع الطلاق[٢].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الإكراه يزيل الرضا بنفس اللفظ فيبطل حكمه كالصبي والمجنون لما لم يكن لهما قصد صح إلى نفس اللفظ بطل حكمه، وأما الهازل فقد رضي باللفظ ولم يرض بحكمه؛ فلذلك لم يبطل[٣].

❁ **قِيلَ**: المكره لا يصير متلفظًا بالطلاق إلا بعد القصد إليه، والصبي وجد منه الرضا باللفظ مشاهدة[٤].

وعدم الرضا بالقول لا يسلب حكمه، كما لو أكره على الإيلاء ثم مضت أربعة أشهر أجبر على الطلاق، ولو أجبر على الكلام في الصلاة بطلت صلاته، والمكره مُكلف وُجد صريح الإيقاع منه، وهو المعتبر دون القصد فوقع، والصبي والمجنون غير مكلفين فلم يكونا من أهل الإيقاع، ألا ترى أن ما يكون منهما من قصد لا يصح لفظهما[٥]؟

وأما المكره على الكفر إن لم تحضره نية لزمه حكمه، وإنما لا تبين امرأته استحسانًا إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان؛ لأن الكفر هو القول والاعتقاد، والاعتقاد

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٨٢)، وتبيين الحقائق (٢/١٩٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٤٨)، والتجريد (١٠/٤٩٢٨).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٣٠)، وبحر المذهب (١٠/١٠٨).

(٤) ينظر: التجريد (١٠/٤٩١٥)، والمبسوط (٢٤/٥٧).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٤/٦٥)، وبدائع الصنائع (٧/١٨٦).

لم يُوجد، والهازل بكلمة الكفر مُعتقد الاستخفاف بالدين؛ فلذلك فصلنا بين الهزل والإكراه فيه، وكذلك الخلاف في النكاح والعتاق[1]، وبالله التوفيق.

|٨٨٧| **مَسْأَلَةٌ:** طلاق السكران واقع[2].

**وقال في القديم: لا يقع[3].**

روي عن عمر[4] وابن عباس[5] مثل قولنا، وقال علي: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»[6]، وعن عثمان[7] مثل قولهم.

وعلىٰ هذا الخلاف ظهاره، لما ذكرنا في مسألة الإكراه[8].

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٣٣٧)، والتجريد (١٠/٤٩١٧).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣)، والتجريد (١٠/٤٩٣٠).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٠٦)، والحاوي الكبير (١٠/٢١٧).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٢٧٠)، بلفظ: عن عمر أنه أجاز طلاق السكران بشهادة النسوة. وهو موقوف صحيح، رجاله ثقات.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور (١١٤٣)، وابن أبي شيبة (١٨٣٣٠)، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «ليس لمكره، ولا لمضطهد طلاق»، وهو موقوف صحيح، رجاله ثقات.

(٦) ينظر: الأم للشافعي (٧/١٨٣)، والحاوي الكبير (١٠/٢٣٠)
والأثر أخرجه البخاري معلقا (٧/٤٦)، ووصله عبد الرزاق (١١٤١٥)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٥١١١).

(٧) أخرجه البخاري (٧/٤٥) معلقا، وسعيد بن منصور (١١١٢)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٥١١٣)، وفي السنن الصغير (٢٦٩٤)، عن عثمان رضي الله عنه قال: «ليس للمجنون ولا للسكران طلاق»، وقال ابن حجر: «وهذا موقوف صحيح». ينظر: موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر (١/٤٤).

(٨) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٢٩٩)، والتجريد (١٠/٤٩١٢).

ولأن السُكر لا يُزيل التكليف ؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] ، فخاطبه به ، وروي أن عمر استشار أصحاب رسول الله ﷺ في حد الخمر ، فقال علي: «إنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذىٰ ، وإذا هذىٰ افترىٰ ، وحد المفتري ثمانون»(١) ، فأوجب الحد عليه بافترائه ، ويجب عليه الحد بالسُكر ، والقصاص بالقتل ، فدل علىٰ توجه الخطاب ، فإذا لم يُزل التكليف لم يمنع وقوع الطلاق(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** السُكر يؤثر في العقل فأشبه المجنون ، ومن شرب البنج(٣).

❁ **قِيلَ:** لو زال العقل لزال التكليف ، والسكران يُتهم فيما يُخبر من زوال عقله ولا يُصدَّق ، ومن شرب البنج والمجنون غير متهم فيه(٤).

ولأنه يصح إسلامه وردته فوجب أن يصح طلاقه وظهارُه ؛ إذ في الردة تحريم المرأة(٥).

ومن أوجد في حلقه حتىٰ سكر فالظاهر وقوع طلاقه ، وروي شداد عن أبي حنيفة أنه لا يقع(٦) ، وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٠٥٢)، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٥٢٦٩)، والدارقطني (٣٣٢١) والحاكم في المستدرك (٨١٣١). قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

(٢) ينظر: التجريد (٤٩٣١/١٠)، والمبسوط (١٧٦/٦).

(٣) ينظر: الوسيط في المذهب (٣٩١/٥)، وكفاية النبيه (٣٠١/٢).

(٤) ينظر: التجريد (٤٩٣٢/١٠)، والمبسوط (١٧٦/٦).

(٥) ينظر: التجريد (٤٩٣٣/١٠)، وبدائع الصنائع (١٠٠/٣).

(٦) ينظر: عيون المسائل للسمرقندي الحنفي (ص: ١٠٠)، وبدائع الصنائع (١٠٠/٣).

|٨٨٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأةً طلقت[١].

**وقال:** لا يقع[٢]، وكذلك الخلاف في العتاق المضاف إلىٰ الملك[٣].

روي عن عمر[٤] وابن مسعود[٥] مثل قولنا، وعن عمر أيضًا في الظهار[٦] كما نقول، ورووا عن ابن عباس[٧] مثل قولهم.

علىٰ أن النبي ﷺ قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه».

ولأن الطلاق يجوز تعليقه بالشروط والإخطار فصح إضافته إلىٰ الملك وصار موقعًا في تلك الحال فيقع، كما لو قال وهي حائض: إذا طهرتِ فأنت

---

(١) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ (ص: ١٠٢)، والأصل للشيباني (٢/٣٤١).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٧/١٤٥)، والحاوي الكبير (١٠/٢٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٥٧)، والاختيار لتعليل المختار (٤/٧٤).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١١٤٧٤)، كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، ولفظه: أن رجلا أتىٰ عمر بن الخطاب، فقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا، فقال له عمر: «فهو كما قلت»، قال ابن حزم: «الرواية عن عمر موضوعة، فيها: ياسين هالك، وأبو محمد مجهول، ثم هو منقطع بين أبي سلمة وعمر». ينظر: المحلىٰ (١١/٥٣٢).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٧٣)، وسعيد بن منصور (١٠٤٣) بلفظ: إذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق قال: «فليس بشيء إلا أن يوقت».

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٨٤٣)، بلفظ: سئل عمر: يوم أتزوج فلانة فهي علي ظهر أمي، قال: «لا يتزوجها حتىٰ يكفر»، قال الحافظ ابن حجر: «لا يصح، فإنه من رواية عبد الله بن عمر العمري، عن القاسم، والعمري ضعيف، والقاسم لم يدرك عمر». ينظر: فتح الباري (٩/٣٨٦).

(٧) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١٤٦٧)، عن ابن عباس ﷺ عن النبي ﷺ: «لا طلاق لمن لا يملك عقدته، ولا عتق لمن لا يملك رقبته»، قال الهيثمي في المجمع (٧٧٦٠): «رواه الطبراني. وأيوب لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات».

طالق، فإنه يكون مطلقًا للسنة[١]، ولو قال: إذا بنتِ فأنتِ طالق لم يقع، فاعتُبر حال الإضافة، ولو قال لجاريته: إذا ولدتِ فهو حر، فولدت بعد ذلك عتق، وإن لم يكن مالكًا عتق الولد في حال عقده، والعبد لو قال لامرأته: أنتِ طالق ثلاثًا إذا أُعتِقت فأعتق طلقت ثلاثًا[٢]، فلم يملك الثالث وملك إضافته، وإن يملك الثالث بعد العتق بالعقد لا يمنع من أن يكون غير مالك له حال عقد الطلاق عاقدًا له على غير ملكه، ولا اعتبار بالعقد الذي يملّكه الثالث بعد العتق، كما لو قال لامرأته: إذا طلقتكِ فقد راجعتك، ثم طلق لم تصح تلك الرجعة، وإن كان يملك الرجعة في الحال بالعقد السابق[٣]، ولو قال: إن ملكت هذا العبد فللَّه علي أن أتصدق، أو: فقد أوصيت به لفلان صح، ولو عري عن الإضافة لم يصح، ولو كان هذا إيجابًا في الذمة التي هي مملوكة له لم يصح من غير إضافة إلى الملك، كما لو قال: إن شفى الله مريضي فللَّه عليَّ أن أتصدق بألف درهم.

وإن كان الطلاق تصرفًا في الملك، وهذا إيجاب تصرف لا يمنع جمعنا إذا صح هذا مضافًا إلى الملك، ولم يصح منجزًا، وكما لو قال: إذا تزوجت فلانة فأنت وكيلي في طلاقها، أو إذا اشتريت عبدًا فأنت وكيلي في عتقه، فإنه يجوز، كذلك هذا[٤].

ولا يلزم على العلة الإبراء عن الدين والرجعة وإبطال الشفعة؛ لأنه لا يجوز تعليقها بالشرط[٥].

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٧٩٨)، والمبسوط (٦/٩٨).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٣٥)، والمبسوط (٦/١٦٢).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٧٥).

(٤) ينظر: المبسوط (٦/٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٩٧).

(٥) ينظر: كنز الدقائق (ص: ٤٤٣)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤/١٣١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فاستزادوا في مهرها، فقال: إن نكحتها فهي طالق ثلاثًا، فقال ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح»[1]، قال: ولا يراد بقوله: «لا طلاق» الإيقاع؛ إذ لا يُتوهم وقوعه في غير ملك، فثبت أن المنفي تعليقه[2].

۞ **قِيلَ:** قصة عبد الله غير مشهورة، وقوله: «لا طلاق»، نفى الطلاق ولم ينفِ عقده، وعقد الطلاق ليس بطلاق؛ بدليل أنه لو حلف لا يُطلق فقال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يحنث، على أنه إذا أضاف الطلاق إلى النكاح فهو طلاق بعد النكاح لا قبله، كما لو قال في حيضها: إذا طهرتِ فأنت طالق، فهو طلاق في الطهر[3].

ويُتوهم أنه إذا قال لأجنبية: أنت طالق ثلاثًا لم يكن له أن يتزوجها فنفاه ﷺ[4]، يدل عليه ما رُوي عن الزهري ـ وهو الراوي ـ أنه قال: كان الرجل يُعرَض عليه امرأة فيقول: هي طالق، فتحرم عليه، فقال ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح»[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** عقد الطلاق سبق الملك الذي به يُملك الطلاق فلا يصح،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، وابن ماجه (٢٠٤٧)، والترمذي (١١٨١)، والنسائي (٤٦١٢)، قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٣/١٠)، والشرح الكبير (٥٧٥/٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١١٥/٥)، والتجريد (٤٧٩٧/٩).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١١٤/٥)، وبدائع الصنائع (١٢٦/٣).

(٥) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٦٦٠) من طريق الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: «لا طلاق إلا بعد نكاح» قال الزهري: وإنما تعني بذلك: الرجل يقال له: نزوجك فلانة، فيقول: هي طالق، فأما إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق لزمه الطلاق.

كما لو قال: إن دخلتِ الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت فإنها لا تطلق[١].

۞ قِيلَ: بالدخول أضاف الطلاق إلىٰ تصرفها، ولم يُضف إلىٰ الملك فلم يقع، ولا يمنع وقوعه عند إضافته إلىٰ الملك؛ دليله الأصول التي ذكرناها مثل النذر والتوكيل بالطلاق[٢]، وإذا قال لجاريته: إذا ولدت ولدًا فهو حر، فعقد العتاق سبق ملكه الولد الذي يملك به عتقه؛ إذ لا يُملك بالأم عتق الولد؛ لأنه لو أعتق الأم ثم ولدت لم يعتق من قبله، ولم يكن ولاء الولد له، وأما إذا قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، ثم قال لعبده: إذا طلقت امرأتي فأنت حر، فدخلت وقع الطلاق ولم يقع العتق؛ لأن الطلاق مستحق بالعقد الأول فلا يحنث في العقد المتأخر بالطلاق المستحق قبله، وإنما يحنث بطلاق يقف علىٰ قصده واختياره[٣].

ولو تزوجها علىٰ أنها طالق لم يصح النكاح؛ لأنه يقتضي وقوع الطلاق مع العقد فيمنع انعقاده[٤].

والفاء للتعقيب، وجعل التزويج شرطًا، والشرط يتقدم الجزاء كالدخول فينعقد النكاح أولًا، ويُفيد الحل ثم يقع الطلاق بعده، وهذا لا يمنع انعقاد العقد[٥]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٢/١٠)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٨٠).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٥٠١/٤)، والتجريد (٤٨٠١/٩).

(٣) ينظر: المبسوط (٩٨/٦)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٣٢/٢).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٩/٥)، والمبسوط (٩٧/٦).

(٥) ينظر: المبسوط (١٢٩/٦)، وبدائع الصنائع (٢١/٣).

|٨٨٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: أنت طالق في كل سنة واحدة، فأبانها ثم تزوجها، فجاءت السنة وقع الطلاق[١].

**وعلى أحد قوليه: لا يقع[٢].**

يبنيه على أن عقد الطلاق سبق الملك الثاني[٣]، ونبني على هذا الأصل إذا ظاهر ثم أبانها ثم تزوجها فإنه يعود ظهاره[٤]. وعلى أحد قوليه: لا يعود[٥]، وبالله التوفيق.

|٨٩٠| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: يدك طالق أو شعرك طالق لم تطلق عند علمائنا الثلاثة[٦].

**وقال: تطلق[٧].**

لأنه لا يجوز إفراده بعقد من العقود، مثل: البيع والوصية وغيرهما فلا يجوز إفراده بعقد الطلاق، كالريق والعرق والبول والأذن المقطوعة يوصل به فيلصق[٨].

**❊ فَإِنْ قِيلَ: الطلاق حل للعقد[٩].**

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٦٩)، والمبسوط (٦/٩٤).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٠٢)، والحاوي الكبير (١٠/٢٠).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٠٢)، والحاوي الكبير (١٠/٢٥).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٥/١٢)، والمبسوط (٤/١٩١).
(٥) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٨٦)، وبحر المذهب (١٠/٢٥٦).
(٦) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٣٧)، والنتف في الفتاوى للسغدي (١/٣٤٢).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٤١)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٧٥).
(٨) ينظر: الوسيط في المذهب (٥/٣٩٢)، والبيان للعمراني (١٠/٨٦).
(٩) ينظر: المهذب (٣/٤١)، ونهاية المطلب (١٤/٥٤).

۞ قِيلَ: قد يكون عقداً مثل الخلع والمعلق بالشرط[1].

ونقول: ما لا يُفرد بالعقد لا يُفرد بالحَلّ؛ دليله ما ذكرنا[2].

ولأنه لا يُعبر به عن الشخص ولا يؤول إليه، فإيقاع الطلاق عليه لا يوجب تحريمها، كالولد في البطن.

ولا معنىٰ لقولهم: يُعبر باليد عن الشخص، قال ﷺ: «علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تَرُد»[3]، ويد الأمير عالية، وروي أيضًا: «لا سبق إلا في خف»[4]؛ لأن قوله: «علىٰ اليد» أي: علىٰ صاحب اليد، فحذف الصاحب؛ لأن في باقي الكلام دليلٌ عليه[5].

وقولهم: يد الأمير عالية، يُراد به القوة، ولفلان عليّ يد، أي: نعمة، فيكون عبارة عن العضو أو القوة أو النعمة، ولا يكون عبارة عن الشخص، وقوله: «إلا في خف»، أي: ذي خف، فحذف المضاف إليه، علىٰ أنه لا يُعتبر هذا المعنىٰ؛ إذ يُسوَّىٰ بين اليد والشعر، ولا يُعبر بالشعر والظفر عن البدن بلا اشتباه[6].

۞ فَإِنْ قِيلَ: جزء يستمتع به بعقد النكاح، فأشبه الرأس والفرج والرقبة، أو قال: جزء من عشرة أجزاء منك طالق، فإنها تطلق[7].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٢٢١)، والمحيط البرهاني (٣/٣٢٦).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٥/٦٦)، والاختيار لتعليل المختار (٣/١٢٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣١٧)، والتجريد (٧/٣٢٨٥).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٥٧٤)، والترمذي (١٧٠٠)، وابن ماجه (٢٨٧٨)، والنسائي (٣٥٨٩) وقال الألباني: «صحيح». ينظر: إرواء الغليل (٥/٣٣٣).

(٥) ينظر: التجريد (١٢/٦١٣٦)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٦).

(٦) ينظر: التجريد (١٢/٦١٣٦)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٦).

(٧) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٠٠)، والحاوي الكبير (١٠/٢٤١).

۞ **قِيلَ**: يبطل بالريق؛ لأنه رُطوبة لحمها فهو جزء منها ينفصل عنها ويُستمتع به، وقد وردت الأشعار فيه، ويبطل بالأذن المُلصق بها إن سلموا.

والرأس والفرج والرقبة يُعبر به عن جميع البدن، يقال: فلان يملك كذا رأسًا، وفي داري كذا فرج، وكذا رقبة، فأشبه الشخص(١).

ولو نوىٰ به العضو وحده لم تطلق؛ لجواز أن يكون عبارة فيه(٢).

۞ **فَإِنْ قِيلَ**: إذا أُضيف لم يكن عبارة عن الشخص، لو قال: بعتك هذا الرأس جاز، ولو قال: رأس هذا العبد(٣) لم يجز(٤).

۞ **قِيلَ**: يقال: وحتىٰ رأسك، يُراد به الجُملة وهو مضاف.

علىٰ أن عدم الرأس وما ذكر يمنع انعقاد العقد، فإيقاع الطلاق عليه يوجب تحريمها، وخروجها علىٰ العقد وعدم اليد لا يمنع العقد، فإيقاع الطلاق عليه لا يُوجب تحريمها(٥).

والجزء الشائع يستوجب به الحق في الجميع؛ بدليل أنه لو كان له من دار جزء شائع وجب التهايؤ فيسكن جميع الدار يومًا بذلك الجزء، ولو كان له من دار جزء معين لم يستوجب الحق في الجملة به، فكذلك إذا أوجب تحريم جزء شائع منها، فإنه يجب إخراجها إلىٰ التحريم يومًا، فصار كأنه قال: أنت طالق يومًا

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٨٣)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق (٢/٣٣١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٩٠)، والتجريد (١٠/٤٩٤٠).

(٣) كتب فوقها: «هذه الشاة».

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٤٢)، وبحر المذهب (١٠/١١٥).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٤٠)، وبدائع الصنائع (٣/١٤٣).

وعشرة أيام لا فتطلق، ولهذا قلنا أنه لو تزوج جزءً من عشرة أجزاء منها صح النكاح، ولو تزوج يدها لم يصح[1].

وأما إذا تزوجها واستثنىٰ يدها لم يبطل النكاح ويبطل البيع؛ لأنه بقّىٰ من العقد ما يُوجب دخول اليد فيه، ولم يُوجب منه الرضا به فصار بيعًا بغير رضا فلا يصح.

وكذلك الخلاف في العتاق والظهار[2]، وبالله التوفيق.

|٨٩١| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لامرأته: أنا منك طالق، أو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: طلقتكَ لم يقع به شيء[3].

**وقال:** إذا نوىٰ الزوج بقوله: أنا منك طالق طلاقها، أو نوت هي بقولها: طلقتك، طلاق نفسها وقع[4].

روي أن رجلًا فوض الطلاق إلىٰ امرأته فقالت: طلقتك، فقال ابن عباس: خطَّأ الله نوءها، هلَّا طلَّقت نفسها[5].

ولأن الطلاق معنىٰ لا يشترك الزوجان فيه، لا يقال: طلُق منها، ولا يسمىٰ الزوج مطلَّقا، فإيقاعه عليه لا يكون إيقاعًا عليها فلا تطلق، كما لو قال الزوج:

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٤٠)، وبدائع الصنائع (٣/١٤٣)

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٦٩)، والمبسوط (١٨/١٤٤).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥٤)، والتجريد (١٠/٤٨٦٣).

(٤) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٧٥)، والمهذب (٣/٨).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١١٩١٤)، والطبراني في المعجم الكبير (٩٦٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٧/٥٧٢)، رقم (١٥٠٥١)، وإسناده صحيح؛ رجاله ثقات.

أنا أستبرئ رحمي أو أعتد، أو قال لعبده: أنا منك حر لا يعتق، كذلك هذا[1].

ولا يلزم إذا قال: أنا منك بائن، أو قال لها: أبيني نفسك، فقالت: أبنتك، وكذلك التحريم؛ لأنهما يشتركان في البينونة والتحريم، يقال: بان منها وبانت منه، قال الله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]، وقال ﷻ: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠] فإذا أبان نفسه منها فقد أبانها من نفسه؛ فلذلك يقع[2].

لأن صريح الطلاق إذا لم يعمل مع عدمه النية لم يعمل مع النية، كما لو طلق أجنبية[3].

ولأن المرأة إذا قالت: طلقتك فلقد أضافت الطلاق إلى شخص، ونوت به طلاق شخص آخر، فلم تصح النية، كما لو قال لإحدى امرأتيه: أنت طالق ونوى غيرها[4].

ولا معنى لقولهم: يقع الطلاق على المنوية؛ لأنا لو أوقعنا عليها أوقعناه بنية لا لفظ له، وهذا محال[5].

* **فَإِنْ قِيلَ:** من صح إضافة كناية الطلاق إليه صح إضافة اللفظ الصريح إليه كالمرأة[6].

---

(١) ينظر: التجريد (٤٩٧٨/١٠)، والمبسوط (٤٦/٥).

(٢) ينظر: التجريد (٤٨٦٣/١٠)، والمبسوط (٧٨/٦).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٥٠٨/٤)، والتجريد (٤٧٥٣/٩).

(٤) ينظر: المبسوط (٧٨/٦)، وبدائع الصنائع (٩٨/٣).

(٥) ينظر: الأصل للشيباني (٧/٥)، والتجريد (٤٨٤٩/١٠).

(٦) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٢٧)، والإقناع للماوردي (ص: ١٤٦).

۞ قِيلَ: يجوز إضافة بعض الكنايات إليها مثل اعتدي وما ذكرته ولا يصح إضافته إليه، فجاز أن يكون الصريح مثله.

ولو صح إضافة الصريح إليه لعمل بغير نية كالمرأة، وقد ذكرنا الفرق[1].

❊ فَإِنْ قِيلَ: العقد تعلق بهما، والرجل منكوح، قال الله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقولها: طلقتكَ، أي: أبطلت نكاحك بطلاق نفسي، أو طلقتك من وثاقي؛ فلذلك يصح[2].

۞ قِيلَ: المعقود عليه من قبل الرجل المهر؛ لأنها تحبس نفسها علىٰ استيفائه، ولا تحبس علىٰ تسليم الزوج نفسه، فإذا لم يكن معقودًا عليه لم يصح حل العقد عنه.

وقوله: أبطل نكاحه بطلاق نفسها فما كذلك فعل، ولكنه أبطله بطلاقه، ولا يجوز أن يكون مُطلَّقا.

وليس الزوج في وثاق المرأة ولا في حبسها، حتىٰ تكون مُطلقة إياه منه، بل المرأة في حبس الزوج فهي التي تَطلُق منه[3]، وبالله التوفيق.

|٨٩٢| مَسْأَلَةٌ: يُعتبر عدد الطلاق بالمرأة فالحرة يُملَك منها ثلاث تطليقات، والأمة يُملك منها تطليقتان، تحت حر كانت أو تحت عبد[4].

---

(١) ينظر: المبسوط (٧٨/٦)، وبدائع الصنائع (١٠١/٣).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٤٠/٥)، والشرح الكبير (٢٢٥/٨).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢١٨)، والمبسوط (١١٦/٥).

(٤) ينظر: التجريد (٤٩٨١/١٠)، والمبسوط (٣٩/٦).

**وقال:** يعتبر بالرجل، فالحر يملك ثلاث تطليقات، والعبد تطليقتان، حرة كانت امرأة أو أمة[١].

والذي قلنا قول علي[٢]، وعبد الله[٣]، ورووا مثل قولهم عن عمر[٤]، وزيد[٥].

لنا ما روى ابن عمر[٦] وعائشة[٧] أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان».

ولأنه لو ملك الثالثة من الأمة لملك محلها في نكاح واحد وهو الطهر الثالث، فلما لم يملك محلها دل على أنه لا يملكها، كما لو كان زوجها عبداً[٨].

---

(١) ينظر: بحر المذهب (١٠/١٧٦)، والشرح الكبير (٨/٥٨١).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٥٥٠)، قال علي رضي الله عنه: الطلاق والعدة بالنساء.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (١٣٣٢)، وابن أبي شيبة (١٨٥٥١)، عن الشعبي، قال: قال عبد الله رضي الله عنه: السنة بالنساء في الطلاق والعدة.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٧/٤٦٢)، والدارقطني (٣٨٣٠)، والبيهقي (١٥١٥٧)، عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ينكح العبد امرأتين، ويطلق تطليقتين.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور (١٣٢٩)، والبيهقي (١٥١٦٣)، عن زيد بن ثابت، قال: الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء.

(٦) أخرجه ابن ماجه (٢٠٧٩)، والطبراني في المعجم الكبير (١٣٨٦٨)، والدارقطني (٣٩٩٤)، قال الدارقطني: «تفرد به عمر بن شبيب المسلي، وهو ضعيف لا يحتج بروايته، والصحيح ما رواه نافع، وسالم عن ابن عمر من قوله». ينظر: سنن الدارقطني (٥/٦٩)، وضعفه الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٢٧).

(٧) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، قال الترمذي: «حديث عائشة حديث غريب، لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث»، وقال الألباني: «ضعيف». ينظر: إرواء الغليل (٧/١٤٨).

(٨) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٧٨)، والنتف في الفتاوى للسغدي (١/٢٥٩).

﴿ فَإِنْ قِيلَ: يملك محلها؛ لأنه يجمع[١].

﴿ قُلْنَا: من ملك الجمع ملك التفريق، فلما لم يملك التفريق دل على أنه لا يملك الجمع[٢].

﴿ فَإِنْ قِيلَ: يملك أن يطلق غير المدخول بها ثلاثًا مجموعًا ولا يملك التفريق[٣].

﴿ قِيلَ: التفريق في ملكه وله جهة وصول إليه، وهو أن يدخل بها ثم يفرق الطلاق.

ولأن العبد يملك من النكاح مثل نصف ما يملكه الحر؛ بدليل أنه يتزوج بثنتين، والحر يتزوج أربعًا، ثم الحر يتزوج أربعًا فيملك منهن ثنتي عشرة تطليقة، فوجب أن يملك العبد من حرتين ست تطليقات حتى يكون على النصف، وإنما يُعتبر جُملة ما يملكه العبد بجملة ما يملكه الحر، ألا ترى أن الحر يتزوج بحرتين والعبد يتزوج بحرتين أيضًا؟ ولا يقال: إنهما يستويان في النكاح؛ لأن الحر يملك أن يزيد عليه والعبد لا يملكه، فاعتبرت الجملة بالجملة[٤].

ولأن العبد يعقد مثل عقد الحر بشهود وغير ذلك، فوجب أن يملك مثل ملكه.

ولأنه ذو عدد محصور يختلف بالرق والحرية، فوجب أن يكون اعتباره

---

(١) ينظر: بحر المذهب (١٠/٨)، والمهذب (٣/٢٩).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٦٣)، والتجريد (١٠/٤٩٧٧).
(٣) ينظر: بحر المذهب (١٠/٨)، والإقناع للماوردي (ص: ١٤٨).
(٤) ينظر: المبسوط (٥/١٢١)، وبدائع الصنائع (٣/٩٨).

بالمُوقَع عليه ؛ دليله الحدود[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** رُوي أن النبي ﷺ أنه قال: «الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»[2].

❁ **قِيلَ**: هذا مروي عن ابن عباس، وروي عنه أنه قال: من السنة الطلاق والعدة بالنساء.

أو إيقاعه بالرجال وليس في الخبر كم يملك منها، ولا يجوز دعوىٰ العموم في الإضمار[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** ما مُلك بعقد النكاح وكان حقًا له فاعتباره في الكمال والنقص به ؛ دليله أبضاع المنكوحات[4].

❁ **قِيلَ**: يملك البضع بالعقد، ويملك الطلاق بملك البضع، كما يملك الرقبة بالشراء ويملك العتق بملك الرقبة ؛ إذ كل واحد منهما تصرف في الملك فيكون من حقوقه، وما يرفع العقد لا يُملك بالعقد، علىٰ أن المخالف يقول في الحر: يتزوج أربع حرائر ولا يتزوج إلا أمة واحدة، فاعتبر عدد المنكوحة في هذا المحل بها، علىٰ أن الطلاق من حقوق النكاح وله عدد، ويختلف بالرق والحرية، فيُعتبر بها كالقسْم والعدة[5].

(١) ينظر: المبسوط (٥/١١٤)، والاختيار لتعليل المختار (٣/٨٣).

(٢) لم أقف عليه مرفوعا، لكنه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفًا كما سيذكر المؤلف، أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٥٦٠)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٥١٧٨)، عن زيد بن ثابت رضي الله عنه موقوفًا، قال ابن رشد: «حديث لم يثبت في الصحاح». ينظر: بداية المجتهد (٣/٨٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٢٦)، والتجريد (١٠/٤٩٧٩).

(٤) ينظر: بحر المذهب (١٠/١٧٦)، والشرح الكبير (٨/٥٨٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤١١)، والتجريد (١٠/٤٨٦١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الرق يمنع الطلاق، فإذا وُجد في الزوج منع كالصغر والجنون[1].

❊ **قِيلَ:** الجنون والصغر لا يمنعان الملك، وإنما يمنعان التصرف، فإذا وُجد في المتصرف منع، والرق نقص في الزوج لا يمنع ملك التطليقة الأولى والثانية فلا يمنع ملك الثالثة كالصغر.

ولا يصحح أهل النقل ما يروونه أنه يُطلق العبد تطليقتين، وتعتد الأمة قرأين، على أنه لا يمنع الزيادة[2]، وبالله التوفيق.

|٨٩٣| **مَسْأَلَةٌ:** المطلقة الواحدة أو اثنين إذا تزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول عادت بثلاث على قول أبي حنيفة وأبي يوسف[3].

**وقال:** تعود بالبقية[4].

روي مثل قول أبي حنيفة عن ابن عمر[5]، وابن عباس[6]، ومثل قولهم عن عمر[7]، ..............................

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٥)، وبحر المذهب (١٠/٤٥).

(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٧٩٩)، والمبسوط (٦/٣٩).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٣٩٢)، وبدائع الصنائع (٣/١٢٧).

(٤) ينظر: الشرح الكبير (٩/٤٧٣)، وإعانة الطالبين (٤/٣٨).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١١١٦٤)، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «النكاح جديد، والطلاق جديد». ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/٢٤٢)، والمحلى بالآثار (١٠/١٥).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١١١٦٦).

(٧) أخرجه عبد الرزاق (١١١٤٩)، عن معمر، عن الزهري، عن ابن المسيب، وعبيد الله، وغيرهما، أنهما سمعا أبا هريرة رضي الله عنه يقول: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة،=

وعلي[١]، وأُبي[٢]، وعمران بن حصين[٣]، وأبي هريرة[٤].

لأن الزوج الثاني لو صادف التحريم والعدد رفعهما، فإذا صادف أحدهما وجب أن يرفعه، كالغسل يرفع الجنابة والحدث، ولو صادف أحدهما رفعه.

ولأن لكل واحدٍ من التطليقات تأثيرًا في التحريم؛ إذ الثالث واحدة، والتحريم لا يحصل بالواحدة، وإنما يحصل بمجموع الثلاث، والزوج الثاني يرفع التحريم ومؤثِّره؛ بدليل أنه لا يرفع الثالث فقط ـ وإن كان التحريم يرتفع به ـ بل يرفع الثلاث جملة، وقد وُجد المؤثر، فإذا صادفه رفعه[٥].

وهذا يُبطل قولهم: إن الزوج الثاني يرفع تحريم العقد فقط؛ لأن تحريم العقد يرتفع برفع الثالثة، ثم هو يرفع الثلاث جميعًا؛ فدل على أن يرفع العدد.

ولا نعني بالرفع إلا أنها إذا عادت إليه ملك الزوج منها ثلاثًا.

بل يجوز أن يقال: إن الزوج الثاني يرفع العدد ثم يرتفع التحريم برفع العدد؛ بدليل أن التحريم الذي يحصل بغير عدد لا أثر للزوج في رفعه، مثل تحريم الردة والرضاع[٦].

---

= أو تطليقتين، ثم تركها حتى تنكح زوجا غيره فيموت عنها، أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول فإنها عنده على ما بقي من طلاقها».

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١١٥٤)، عن ابن أبي ليلى، عن الحكم بن عتيبة، عن مزيدة بن جابر، عن أبيه، عن علي رضي الله عنه قال: «هي على ما بقي من الطلاق».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١١١٥٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١١٥٦).

(٤) أخرجه سعيد بن منصور (١٥٢٦).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٠٩)، والتجريد (١٠/٤٩٦٣).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٠٩)، والتجريد (١٠/٤٩٦٧).

وقولهم: «لو رفع العدد عاد النكاح الأول» باطل؛ لأن النكاح إذا ارتفع بالردة ثم زالت الردة لم يعد النكاح إلا بتجديد عقد، ونكاح الابنة يرتفع ولا يرتفع تحريم الأم، فارتفع السبب وبقي المسبَّب(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** عادت إليه قبل استكمال عدد الطلاق فعادت بالبقية، كما لو عادت قبل زوج(٢).

❁ **قِيلَ:** المؤثر في الرفع وطيء الزوج، فلا يقال لما لم يرتفع مع عدم المؤثر وجب أن لا يرتفع مع وجوده، وقد اعتَبر مجرد الطرد فيعارض بمثله، ويقال: عادت بعد وطئ الزوج الثاني فتعود بالثلاث، كما لو كان طلقها ثلاثًا.

ويجوز أن لا يُحتاج إلى الزوج الثاني، وإذا وُجد أَثَّر كالشاهد الثالث، وقليل النجاسة يؤثر الماء في إزالتها وإن كان لا يحتاج إلى إزالتها(٣)، وبالله التوفيق.

|٨٩٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لرجلين: طلِّقا امرأتي فطلق أحدهما نفذ(٤).

**وقال:** لا ينفذ ما لم يجتمعا(٥).

لأنه أمرهما بتنفيذ هذا القول فلا يخلو إما أن يشتركا في اللفظ، وفي قسمة

---

(١) ينظر: التجريد (٩/٤٤٣٩)، والمبسوط (٢/٧٠).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٨٦)، وبحر المذهب (١٠/١٤٩).
(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١/٤٦٩)، والتجريد (١٠/٤٩٦٢).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٨٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٣/٢٨٨).
(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٧)، والشرح الكبير (٥/٢٤٥).

الحروف بينهما إبطاله، أو يُطلق أحدهما بشرط خيار الآخر، وشرط الخيار فيه لا يصح، فكان لأحدهما أن ينفرد به، كما لو وكل رجلين بالخصومة كان لأحدهما أن ينفرد بها، وكما لو أمرهما بتبليغ كلام إلىٰ غيره فلكل واحد منهما أن يبلغه(١).

ولا يلزم إذا قال: ولا يُطلِّق واحد منكما دون صاحبه؛ لأن الأمر بالتنفيذ يُجوِّز انفراد به غير أنه نهاه عن الانفراد به، وله النهي، فاختصت الوكالة بحال الاجتماع(٢).

ولا يلزم إذا قال: طلقا امرأتي إن شئتما؛ لأن في المشيئة تمليك الرأي والاختيار، فإذا رضىٰ برأي اثنين لم ينفرد به أحدهما، وفي مسألتنا الأمر بالتنفيذ فقط(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** استفادا التصرف في حق الغير بالتفويض فلم يصح تفرد أحدهما به ما لم يجعل ذلك له، كما لو وكلهما ببيع أو تزويج(٤).

❁ **قِيلَ**: في البيع والتزويج تمليك وتملّك، وإزالة الملك بعوض يحتاج فيه إلىٰ الرأي والاختيار، فإذا رضي برأي اثنين لم يكن لأحدهما أن ينفرد، وفي مسألتنا تنفيذ القول فقط فللواحد أن ينفرد به، وبالله التوفيق(٥).

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٨٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٣/٢٨٨).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٨٠)، والمبسوط (٦/٢٠٣).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (١١/٤١٧)، وبدائع الصنائع (٦/٣٢).

(٤) ينظر: بحر المذهب (٥/٦٨)، والتهذيب (٥/١٠٨).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٤٨)، والمبسوط (٦/٧٤).

|٨٩٥| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لامرأته وقد دخل بها: أنت طالق وطالق وطالق طلقت ثلاثًا، فإن قال: نويت بالثانية الأولىٰ دُيِّن فيما بينه وبين الله ﷻ، ولم يُصدق في القضاء(١).

**وقال:** يقع واحدة، وهو تكرار في الظاهر، إلا أن يُريد به ابتداء إيقاع(٢).

لأن هذه اللفظة معدولة عن ظاهرها، مجعولة في الشرع اسمًا لابتداء إيقاع؛ بدليل أنه لو قال: أنت طالق، وقال: عنيت به الخبر لم يُصدق، فالثاني ابتداء إيقاع أيضًا كالأول، فيقع به تطليقة أخرىٰ، وكذلك الثالث(٣).

ولا يلزم إذا قال لامرأته: أنت طالق، فقال له رجل: ما قلت؟ قال: قد طلقتها، فإنه لا يقع إلا الأولىٰ؛ لأن هذا جواب عن كلامه فانصرف إلىٰ ما سُئل عنه فينصرف إلىٰ الأول(٤).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** إيقاع لفظتي الطلاق من غير ظهور زيادة أو تبديل جرىٰ في أحدهما، فهو تكرار في الظاهر، كما لو قال: أنت طالق طالق(٥).

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٠٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٦٤).

(٢) فيه قولان للشافعية: أصحهما أنه يقع بكل لفظة طلقة، والثاني لا يقع إلا طلقة واحدة. ينظر: الأم للشافعي (٥/١٩٩)، والحاوي الكبير (٧/٥٥).

(٣) المنصوص عليه عند الشافعية وهو المذهب: أنه لو قال: أنت طالق وطالق وطالق، أو قال: أنت طالق بل طالق بل طالق، أو قال: أنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو أنت طالق فطالق فطالق تقع طلقتان، ويسأل عن الثالثة، فإن أراد بها تكرار الثانية: لا يقع، وإن أراد الاستئناف: تقع الثلاث، وإن أطلق: فقولان، وإن أراد بالثانية تكرار الأولىٰ: لا يقبل، ويقع الثلاث. ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٧٦)، والتهذيب (٦/٤٤)، والشرح الكبير (٨/٤٥٧).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني (٣/٤٧٤)، والبناية شرح الهداية (٥/٣٥٥).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٩٩)، والحاوي الكبير (١٠/١٩١).

۞ **قِيلَ**: إذا قال: أنت طالق طالق وقعت تطليقتان[1]، وقوله: إيقاع يوجب أن لا يُحمل على التكرار، فإن التكرار يدخل في الإخبار في الظاهر، فأما الإيقاع والإيجاب مثل البيع والشراء، لا يُحمل على التكرار بظاهره، وبالله التوفيق[2].

|٨٩٦| **مَسْأَلَةٌ:** ولو قال: أنت طالق في الشهر الماضي، وقد كان تزوجها قبل ذلك وقع الطلاق في الحال[3].

**وقالوا:** لا يقع، على أحد الوجهين[4]، فإن الشافعي قال: وإيقاع الطلاق في الوقت الماضي محال[5].

لأن الطلاق في الشهر الماضي يُوجب التحريم فيها في الحال، فقد أوجب التحريم فيها في الحال وإليه إيجابه فصح، كما لو قال: تزوجتها بغير شهود، فإنها تحرم في الحال، وكذلك إذا قال: هذه أختي وداوم عليه[6].

۞ **فَإِنْ قِيلَ:** أضاف الطلاق إلى وقت يستحيل أن يوقعها فيه الآن، فهو كما لو قال لها: أنت طالق أمس، وإنما تزوجها اليوم[7].

۞ **قُلْنَا:** إذا كان تزوجها اليوم فطلاق أمس طلاق في غير الملك فلا يوجب

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤٧٢/٤)، والمحيط البرهاني (٢٢٣/٣).
(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤٧٢/٤)، والمبسوط (٧٩/٦).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٣٩٤/٤)، والتجريد (٤٨٣٠/١٠).
(٤) ينظر: المهذب (٣٤/٣)، والأم للشافعي (١٩٨/٥) \
(٥) الأم للشافعي (١٩٨/٥).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٤٠/١٠)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٧٩).
(٧) ينظر: الأم للشافعي (١٩٧/٥)، والحاوي الكبير (١٩٢/١٠).

التحريم في الحال، فإذا لم يُقر بالتحريم لم يُلزَم، وإذا تزوجها قبل أمس فطلاق أمس يُوجب تحريمًا فيها، فقد أقر بالتحريم بإضافة الطلاق إلىٰ وقت يجوز طلاقه في ذلك الوقت، وأراد التقديم ولا يقدر علىٰ تقديمه فصار مُلتزِمًا التحريم في الحال فألزم[1]، وبالله التوفيق.

|٨٩٧| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إذا لم أطلقك، ولا نية له لم يقع الطلاق حتىٰ يموت أحدهما عند أبي حنيفة[2].

**وقال:** إذا سكت بعد يمينه طلقت ثلاثًا[3].

لأن «إذا» للوقت، وقد تُستعمل بمعنىٰ الشرط؛ بدليل أنه لو نواه صُدِّق، قال الشاعر:

وإذا تُصبك خصاصة فتحمل[4].

معناه: إن تصبك، وقال الشماخ:

إذا قَصُرَت أسيافنا كان وصلها ❁ خُطانا إلىٰ أعدائنا فنُضارب[5]

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٨٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٨٩).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٨٨)، والمبسوط (٦/١١١).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩٧)، والإقناع للماوردي (ص: ١٥٠).

(٤) هو عجز بيت وتمامه:

واستغن ما أغناك ربك بالغنىٰ ❁ وإذا تصبك خصاصة فتحمل.

وهو لعبد القيس بن خفاف البرجمي المتوفىٰ سنة ٥١هـ ينظر: جواهر الأدب في أدبيات وإنشاء لغة العرب (٢/٤٤٤).

(٥) البيت للأخنس بن شهاب اليشكري، وأَخذه قيس بن الخطيم فجعله في قصيدة له. ينظر: ضرائر الشعر (ص: ٢٩٨)، وخزانة الأدب (٢/٢٦٣).

معناه: إن قصرت، فلو كان للوقت وقع الطلاق في الحال، ولو كان للشرط لم يقع الطلاق حتى يموت أحدهما، بمنزلة قوله: إن لم أطلقك فأنت طالق، وقد تيقنا بالنكاح، وشككنا في وقوع الطلاق، فلا نوقعه بالشك(١).

ولا يلزم قوله لامرأته: إذا شئت فأنت طالق، فإنه يكون لها المشيئة في المجلس وبعد المجلس، بمنزلة قوله «متى»، ولو كان للشرط لتوقت بالمجلس، كما لو قال: إن شئت توقتت المشيئة بالمجلس(٢).

❁ **قِيلَ**: قد وجب لها المشيئة، ولو كان «إذا» للتوقيت لم يبطل بالقيام، ولو كان للشرط بطل بالقيام، فقد تيقنا بثبوت المشيئة لها، وشككنا في بطلانه فلا نُبطله بالشك(٣).

ولأن المشيئة فعل، والفعل لا بُدَّ له من وقت، فقد اقترن باللفظ ما يدل على أنه أراد به الوقت فصرف إليه.

وقوله: إذا لم أطلقك نفيُ الفعل فلا يفتقر إلى الوقت فلم يقترن باللفظ ما يُوجب صرفه إلى الوقت فلم يُصرف(٤).

❁ **فَإِنْ قِيلَ**: «إذا» للوقت في المستقبل، تقول: متى تقضي حقي؟ فيقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد علق وقوع الطلاق عليها بمضي وقت في المستقبل لا يطلقها فيه، وقد مضى بعد الطلاق وقت لم يُطلق فيه، فوجب الشرط في وقوع

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٢٢٣)، وملتقى الأبحر (ص: ٢٣).
(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٧٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٨/٢٦٩).
(٣) ينظر: الشرح الكبير (٩/١١٨)، وروضة الطالبين (٨/١٦٧).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٧٩)، والنتف في الفتاوى للسغدي (١/٣٦٣).

الطلاق عليها، فطلقت[1].

❁ قِيلَ: قد بينا أنه يُستعمل للشرط فلا نوقع الطلاق في الحال[2]، وبالله التوفيق.

|٨٩٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: كل نسائي طوالق ونوى استثناء واحدة طلقن جميعًا[3].

**وقال:** تصح نية الاستثناء[4].

لأنه ذكرهن وأوقع الطلاق عليهن ونوى استثناء واحدة ولم يستثنِ فلم يصح، كما لو قال: لفلان علي عشرة دراهم، ونوى استثناء واحدة، وبالله التوفيق.

|٨٩٩| **مَسْأَلَةٌ:** رجل قال لامرأته: فارقتك أو سرحتك لم يقع به الطلاق ما لم ينو[5].

**وقال:** يقع، واللفظان صريحان[6].

لأن هذه اللفظة يتجاذبها ظاهر أنه يحتمل أن يكون المراد به: فارقتها في المكان، ويحتمل أن يكون المراد به: الفراق من النكاح، فلا يُصرف إلى الطلاق

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٩/١١٨)، وروضة الطالبين (٨/١٦٧).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٣١)، والتجريد (٩/٤٧٨٧).

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية (٤/١٤٣)، والبناية شرح الهداية (٥/٤٣٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦)، وبحر المذهب (١٠/٣٧).

(٥) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٥٦)، والمبسوط (٦/٧٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٥).

(٦) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٢٩)، والإقناع للماوردي (ص: ١٤٦)

إلا بالنية، كسائر الكنايات.

ولفظة الطلاق معدولة عن ظاهرها، مجعولة في الشرع اسمًا لابتداء إيقاع، فليس له ظاهر آخر.

ولأن الواقع طلاق ولم يُصرح به، والملفوظ به كناية عن الواقع فأشبه سائر الكنايات[1].

* **فَإِنْ قِيلَ:** ورد القرآن به، قال الله تعالىٰ: ﴿وَسَرِّحُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] فوجب أن يكون صريحًا كالطلاق[2].

* **قِيلَ:** في القرآن الصريح والكناية، وقد ورد القرآن بالافتداء، وقال تعالىٰ: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]، وليس واحد منهما صريحًا[3].

* **فَإِنْ قِيلَ:** إبطال الملك الذي تجري فيه السراية لا يقتصر صريحه علىٰ لفظ واحد، كالعتاق لفظ التحرير فيه صريح أيضًا[4].

* **قِيلَ:** العتق لا يسري، ونجعل الآن الصريح أكثر من لفظ واحد، ونقول: وجب أن لا يكون الفراق صريحًا كالعتاق[5].

* **فَإِنْ قِيلَ:** يقع به الطلاق في حال المذاكرة فصار كالطلاق[6].

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٥٦)، والمبسوط (٦/٧٧)

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٢٩)، والحاوي الكبير (١٠/٣٠١)

(٣) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٣٦)، والاختيار لتعليل المختار (٤/٤٩).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٥٢)، ونهاية المطلب (١٤/٥٨).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٧)، والتجريد (١٠/٤٨٣٥).

(٦) هذه الألفاظ عند الشافعية تحتمل الطلاق وغيره ولا تتميز إلا بالنية كالامساك عن الطعام والشراب=

﴿ قِيلَ: نبين جهة وقوعه إن شاء الله، ومثل هذا يُعارض بمثله، فيقال: لا يقع به الطلاق بعد الخلع فأشبه سائر الكنايات[1]، وبالله التوفيق.

|٩٠٠| مَسْأَلَةٌ: إذا كتب الطلاق كتابة مستبينة ونوىٰ به الطلاق وقع[2].

وعلىٰ أحد قوليه: لا يقع[3].

لأنها حروف تُنبئ عن المراد فأشبه الكلام.

❊ فَإِنْ قِيلَ: فعل، فهو كالضرب[4].

﴿ قِيلَ: الضرب لا يقوم مقام الكلام ولا يُعبر به عنه، والكتابة تقوم مقام الكلام ويُبلَّغ الكلام إلىٰ الغائب بالكتاب[5]، وبالله التوفيق.

|٩٠١| مَسْأَلَةٌ: الجمع بين التطليقتين أو الثلاث بدعة[6].

وقال: لا بدعة في الجمع والتفريق، والمستحب التفريق[7].

---

= يحتمل الصوم وغيره ولا يتميز إلا بالنية، ولان هذه كنايات في الطلاق، فإذا لم تقترن بها النية لم يقع بها الطلاق كالألفاظ التي سقناها. ينظر: البيان للعمراني (١٠/٩٣)، وروضة الطالبين (٨/٢٧).

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٣٦)، والمبسوط (٦/٨٠).

(٢) وإن كتب كتابة غير مستبينة بأن كتب علىٰ الماء أو علىٰ الهواء فذلك ليس بشيء فلا يقع به الطلاق وإن نوىٰ؛ لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمىٰ كتابة فكان ملحقا بالعدم. ينظر: التجريد (١٠/٤٨٨٠)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٩).

(٣) ينظر: المهذب (٣/١٣)، ونهاية المطلب (١٤/٧٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٧)، وبحر المذهب (١٠/٣٧).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٧٩)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٣).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٣)، والتجريد (١٠/٤٨٢٦).

(٧) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٠١)، والحاوي الكبير (٩/١٩٤).

لنا: إجماع الصحابة، روي مثل قولنا عن عمر[١]، وعلي[٢]، وعبد الله[٣]، وابن عباس[٤]، وابن عمر[٥]، وعمران بن حصين[٦]، وأبي موسىٰ[٧].

وروي أن رجلًا طلق امرأته ثلاثًا فأوجعه عمر ضربًا، وعثمان قال: عصيت ربك[٨]، ألفاظهم مختلفة والمعنىٰ يرجع إلىٰ ما ذكرنا.

ولا معنىٰ لدعواهم الخلاف بما روي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر ثلاثًا[٩]؛ لأن المراد به تمام الثلاث؛ إذ روي في الخبر طلقها تطليقة هي آخر تطليقاتها الثلاث[١٠].

وهكذا الجواب عن حديث فاطمة بنت قيس؛ إذ روي أنه أزيل إليها بتطليقة هي بقية طلاقها[١١].

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٧٩٠)، عن أنس ﷺ، قال: «كان عمر إذا أتي برجل قد طلق امرأته ثلاثا في مجلس أوجعه ضربا وفرق بينهما»، ورجاله ثقات.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (١٤٩٨٨)، عن الأعمش قال: كان بالكوفة شيخ يقول: سمعت علي بن أبىٰ طالب ﷺ يقول: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا في مجلس واحد فإنه يرد إلىٰ واحدة.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (١٠٧٦).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٠٧٧٩)، وابن أبي شيبة (١٨٠٨٨).

(٥) أخرجه مصنف ابن أبي شيبة (١٨٠٩١)، وفي إسناده ضعف.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٠٨٧).

(٧) أخرجه سعيد بن منصور (١٠٦٩)، وإسناده منقطع.

(٨) لم أقف عليه عن عثمان، وروي عن زكريا بن سلام، قال: جاء رجل إلىٰ الحسن فقال أنه طلق امراته ثلاثا، فقال: إنك عصيت ربك، وبانت منك امرأتك. أخرجه الطبري في التاريخ (٦٣٩/١١).

(٩) أخرجه عبد الرزاق (١٢١٩٣). وأخرجه الدارقطني (٣٩٢١).

(١٠) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤١/٥)، والتجريد (٤٨١٨/١٠).

(١١) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

قال الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهذا أمر، وإن كان صيغته صيغة الخبر كقوله تعالىٰ: ﴿فَضَرۡبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [محمد: ٤] ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]؛ إذ لو حملناه علىٰ الخبر لوقع مخبره بخلاف خبره وهذا لا يجوز، فاقتضت الآية الفصل، وإذا أوجب الفصل وجب بحيضة(١).

❊ فَإِنْ قِيلَ: فإذا أوقع تطليقتين بدفعتين في طهر واحد وجب أن يجوز(٢).

❁ قِيلَ: هذا يؤدي إلىٰ جواز الجمع، وكل تأويل يؤدي إلىٰ رفع حكم اللفظ فهو ساقط.

عن عبادة بن الصامت قال: طلق بعض آبائي امرأته، فانطلق بنوه إلىٰ رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفًا فهل له من مخرج، فقال: «إن أباكم لم يتق الله فيجعل له مخرجًا، بانت منه بثلاث علىٰ غير السنة، وتسعمائة وسبعة وتسعين أثم في عنقه»(٣).

ولأنه ذو عدد محصور يختلف بالرق والحرية، ومُفرقه مسنون، فمجموعه بدعة كالحدود.

ونكاح أربعة وطلاقهن يقع مُفترقًا أبدًا في أربعة أشخاص، ولا يجتمع في واحد(٤).

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٢)، والمبسوط (٦/١٢).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٩٤)، وبحر المذهب (١٠/١٧٧).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٩٤٣)، قال الدارقطني: «رواته مجهولون وضعفاء إلا شيخنا وابن عبد الباقي».

(٤) ينظر: المبسوط (٦/٣٧)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٤٣)

❋ **فَإِنْ قِيلَ:** قال الله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي الوقت الذي تستقبل العدة فيه وهو الطهر، ولم يفصل بين الجمع والتفريق(١).

❋ **قِيلَ:** العدة تفترق ولا تجتمع؛ إذ لا يجتمع الحيض والأطهار، فما يُفعل له يكون مُفترقًا، كقوله عليه السلام: «صوموا لرؤيته»(٢) علىٰ أن هذا اللفظ لا يقتضي أكثر من تطليقه واحدة، كما لو قال لرجل: طلق امرأتي، فإنه لا يدخل في الأمر إلا واحد، وقد بين الله تعالىٰ وقت الطلاق المذكور ولم يدخل في اللفظ إلا واحد، فصار وقت ذلك مُبينًا، يُوضح ذلك قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١]، أي: يبدو له فيراجعها، وقال عز من قائل: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١، الطلاق: ١]، وهذا كناية عما سبق، فالمأمور به طلاق تبقىٰ الرجعة معه، ويصل إلىٰ إمساكها بعده وهي الواحدة(٣).

ولا معنىٰ لاستدلالهم بترك النبي ﷺ الإنكار علىٰ العجلاني، حيث قال: «كذبت عليها إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا»(٤)؛ لأن من مذهبه أن هذا الطلاق لا يقع، فلم يكن جامعًا في الإيقاع، وهو موضع الخلاف، وعندنا قد استحقت البينونة باللعان، فيجوز أن يُقال لا يكره الجمع(٥).

❋ **فَإِنْ قِيلَ:** من ملك إيقاع طلقات بنفسه كان له جمعها وتفريقها، كما لو أوقعها علىٰ زوجات(٦).

---

(١) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٢٤)، والحاوي الكبير (١٠/١١٨).
(٢) أخرجه البخاري (١٩٠٩)، ومسلم (١٠٨١).
(٣) ينظر: الحجة علىٰ أهل المدينة (٣/٥٠٦)، والمبسوط (٦/١٨).
(٤) أخرجه البخاري (٦٨٥٤)، ومسلم (١٤٩٢).
(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٤٤)، والتجريد (١٠/٤٨٢٤).
(٦) ينظر: المهذب (٣/٨)، ونهاية المطلب (١٣/٤٠٨).

﴿ قِيلَ: قد بينا أنه إذا طلق أربعًا وقع مُفترقًا غير مجتمع ؛ فلذلك لم يكره علىٰ أنه قد استبقىٰ حق الاستدراك لنفسه لو ندم ، وها هنا لم يفعل فلذلك يكره.

وأما إذا طلق الثالثة فقد كان استبقىٰ حق الاستدراك قبله ، وحق[1] الحال وأمن الندم في الظاهر ؛ فلذلك لم يُكره[2] ، وبالله التوفيق.

|٩٠٢| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: أنت طالق للسنة ، فانقطع دمها ، وكان دون العشر لم يقع الطلاق حتىٰ تغتسل ، أو يمضي عليها وقت صلاة[3].

**وقال:** لا عبرة بالغسل[4].

لأنه لم يُحكم بطهارتها ؛ لأن حالتها لم تخرج عن الترقب والتوقف ؛ بدليل أنه لو عاودها الدم كان حيضًا فلم يقع الطلاق.

﴿ **فَإِنْ قِيلَ:** طهر خلا عن وطء واشتغال رجع ، فهو كالطهر بعد الغسل[5].

﴿ قِيلَ: لم يحكم بأنه طهر فلا نقطع عليه[6] ، وبالله التوفيق.

---

(١) كتب في حاشية الأصل: «وخير».
(٢) ينظر: التجريد (٩/٤٧٥٥) ، والمبسوط (٦/٤٠).
(٣) ينظر: المبسوط (٦/١٠٣) ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٣٨).
(٤) ينظر: الشرح الكبير (٩/٤٢٨) ، وكفاية النبيه (١٤/١٥١).
(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٢/٣٩١) ، وبحر المذهب (٩/٢٢٣).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٣٨) ، وشرح مختصر الطحاوي (١/٤٦٩).

|٩٠٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لامرأته: أنت طالق ونوىٰ به ثلاثًا وقعت واحدة[١].

**وقال:** يقع ثلاثًا كما نوىٰ[٢].

لأن قوله: أنت طالق نعت لها، والنعت لا يدل علىٰ العدد، كقوله: أنت قائم وقاعد، فليس في اللفظ عدد، ولا ما يدل علىٰ العدد، فلو أوقعنا العدد أوقعناه بالنية، ويستحيل إيقاع الطلاق بنية لا لفظ لها، كما لو نوىٰ الطلاق أو قال: أنت علي كظهر أمي ونوىٰ عددًا، أو قال: أنت طالق واحدةً، أو قال: والله لا أفعل كذا ونوىٰ عددًا، فإنه لا يكون أكثر من واحد، كذلك هذا، والدليل علىٰ أنه لا يحتمل العدد أنه لا يُثني الطلاق علىٰ هذا اللفظ ولا يجمع[٣]، وإذا قيل: طالقان فهي تثنية المطلقة لا تثنية الطلاق[٤].

ولا يلزم إذا قال: أنت طالق طلاقًا ونوىٰ ثلاثًا؛ لأنه روي عن أبي حنيفة أنه لا يكون أكثر من واحدة، وإن سلمنا فإن «طلاقًا» مصدر، والمصدر يحتمل العدد، كقوله: ضربت ضربًا كثيرًا[٥]، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱدْعُواْ ثُبُورًا كَثِيرًا﴾ [الفرقان: ١٤].

ولا يلزم إذا قال: أنت طالق الطلاق؛ لأن اللام للجنس أو المعهود، والمعهود ثلاث تطليقات وجنس ما يملكه ثلاث تطليقات، فإن نوىٰ الجنس أو العهد فقد نوىٰ ما يحتمله اللفظ[٦].

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٦٨)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٧٦).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٧/١٦٦)، والحاوي الكبير (١٠/١٦٢).
(٣) ينظر: المبسوط (٦/٧٩)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٢٥).
(٤) ينظر: المبسوط (٦/٧٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٢٥).
(٥) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٠٨)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٧٥).
(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٧٨).

ولا يلزم إذا قال لها: طلقي نفسك، ونوىٰ ثلاثًا؛ لأن هذا أمر فيحتمل العدد، كأوامر الله تعالىٰ، وإن كان إباحة احتمل أيضًا العدد، كقوله: كل من طعامي[1].

ولا يلزم إذا قال: أنت طالق للسنة؛ لأن طلاق السنة مؤقت بالأطهار، وثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار طلاق السنة، فإذا نوىٰ هذا فقد نوىٰ محتملًا فوقع[2].

ولا يلزم إذا قال: أنت بائن؛ لأن البينونة علىٰ نوعين: مغلظة ومخففة، فإذا نوىٰ المغلظة وقعت بينونة مغلظة، لأن العدد واللفظ يحتمله[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** إنه نوىٰ باللفظ عددًا من الطلقات يصح ضمه إليه تصريحًا؛ لأنه لو قال: أنت طالق ثلاثًا صح، فصح إرادته تضمينًا؛ دليله لو قال: طلقتك طلاقًا[4].

۞ **قِيلَ**: ليس إذا صح ضمه إليه صح أن يراد به، كالشرط والاستثناء لو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة صح، ولو نوىٰ الاستثناء لم يصح[5].

وإذا قال: «طلاقًا» أو «بائن» فإن اللفظ يحتمل العدد، فإذا نوىٰ العدد

---

(١) واشترطوا أن ذلك ما دامت في ذلك المجلس ما لم تقم أو تأخذ في عمل يعرف أنه قطع لذلك، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس ثلاثاً سئل الزوج عن نيته، فإن كان نوىٰ ثلاثاً فهي ثلاث، وإن نوىٰ واحدة لم يقع عليها شيء في قياس قول أبي حنيفة. ينظر: الأصل للشيباني (٥٧٨/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٧٥/٥).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (١٧٤/٢)، وبدائع الصنائع (٩١/٣).

(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤٥٨/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٥٧/٥).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (١٩٦/٥)، والبيان للعمراني (١١٢/١٠).

(٥) ينظر: النتف في الفتاوىٰ للسغدي (٣٥٢/١)، وبدائع الصنائع (٢٧/٣).

بلفظ يحتمله وقع، فلهذا المعنى يقع، ولو قال: أعطيت فلانًا درهمين صح، وإن كان اللفظ لا ينبئ عن العدد(١).

* **فَإِنْ قِيلَ:** لو قال: أنت طالق ثلاثًا كان ثلاثًا نصًا على التفسير، فلما فسر الطلاق بالثلاث دل على أنه يحتمله(٢).

* **قِيلَ:** العدد يُفسر بغيره، فلا يكون تفسيرًا للغير، كما تقول: عشرون درهمًا، فالدرهم تفسير للعدد.

وانتصب «ثلاثًا» بنزع حرف الخافض؛ لأن معناه بثلاث تطليقات، فصار الموقَع هو الثلاث موصوفًا بأنه طلاق؛ بدليل أنه لو قال لها: أنت طالق ثلاثًا فماتت قبل أن يقول ثلاثًا لم يقع شيء، ولو كان تفسيرًا لقوله: أنت طالق وقع واعتبر وقت المفسر؛ لأنه هو العامل(٣)، وبالله التوفيق.

|٩٠٤| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لها: أنت طالق واحدة في ثلاث ونوى حساب الضرب، كانت واحدة في قول علمائنا الثلاثة(٤).

**وقال:** يكون ثلاثًا(٥).

لأن الواحدة في ثلاث في حساب الضرب اسم لواحدة بسيطة يجيء من

---

(١) ينظر: التجريد (٤٨٧٣/١٠)، والمبسوط (٧٣/٦)، وبدائع الصنائع (١٠٣/٣).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٢/١٠)، ونهاية المطلب (٣٦/١٤).
(٣) ينظر: التجريد (٤٨٧١/١٠)، والمبسوط (٧٦/٦).
(٤) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي (٣٣٩/١)، وبدائع الصنائع (١٦٠/٣).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٣٩/١٠)، والشرح الكبير (١٨/٩).

تقطيعها ثلاث، فصار كما لو قال: أنت طالق تطليقة طويلة عريضة، ولو قال هذا لم يقع أكثر من واحدة، كذلك هذا.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هو عبارة عن الثلاث عند أهل الحساب، فإذا نوىٰ ما يريدونه فقد نوىٰ محتملًا فوقع[1].

❁ **قِيلَ**: أهل الحساب يخطون خطًّا ثم يخطون عليه ثلاث خطوط فيحسبون كل عقد واحدًا فيما له مساحة، وهذا لا يتصور في الطلاق؛ إذ الطلاق ليس له مساحة، ولأن لفظ الإيقاع دخل علىٰ الواحد فصار كما لو قال: والموقَع مضروب في اثنين، فلم تكن الاثنتان موقعتين فلا يقع[2]، وبالله التوفيق.

|٩٠٥| **مَسْأَلَةٌ:** الكنايات إذا أريد بها الطلاق فهي قرائن الأقوال: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة[3].

**وقال:** هن رجعيات[4].

لأنه أوقع الطلاق ووصفه بما يكون من صفاته فوقع بتلك الصفة، كما لو قال: أنت طالق ثلاثًا، أو تطليقة رجعية، والدليل علىٰ أن البينونة تكون من صفات الطلاق أنه لو طلق قبل الدخول أو ببدل أو ثلاثًا كان بائنًا.

ولا يلزم إذا قال: أنت طالق ولا رجعة لي عليك؛ لأن قوله: لا رجعة،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٣٩)، ونهاية المطلب (١٤/٩٢).

(٢) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٣٥)، وبدائع الصنائع (٣/١٦١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٥٢)، والتجريد (٩/٤٧٥٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٠)، والمهذب (٣/٦٥).

ابتداء إخبار، وهو كاذب فيه، فلم يعمل، ولو أخرجه مخرج الوصف قطع الرجعة، كما لو قال: أنت طالق تطليقة لا رجعة فيها.

ولأن هذا إعمال إحدىٰ حالتي البينونة فلا تبقىٰ الرجعة معه، كما لو نوىٰ به ثلاثًا(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، فجعل له الرجعة، وهذه مطلقة؛ بدليل أنه لو حلف أن لا يُطلق ثم قال لها: أنت بائن حنث(٢).

❁ **قِيلَ:** هذه مبانة، والبينونة يفوت بها الطلاق أو ينتقص، وليست بطلاق، ويجوز أن يقال: لا يحنث في اليمين(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الطلاق إذا لم يمنع لحوق آخر بها في العدة لم يقطع الرجعة كالصريح(٤).

❁ **قِيلَ:** ليس هذا بطلاق، ويعارض بمثلها فيقال: الطلاق إذا حرم الوطء قطع الرجعة، كما لو كان قبل الدخول(٥).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** الصريح أقوىٰ من الكناية، فإذا لم يقطع الصريح الرجعة كانت الكناية أولىٰ، كما لو قال: اعتدي واستبرئي رحمك(٦).

---

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٤٩)، والمبسوط (٦/٧٤).

(٢) ينظر: المهذب (٣/٤٦)، ونهاية المطلب (١٤/٣٣٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٩١)، والمبسوط (٥/٢٨).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٦)، والحاوي الكبير (١٠/٣٠١).

(٥) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٤٩)، والمبسوط (٦/٧٤).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٨)، ونهاية المطلب (١٤/٣٤٧).

۞ قِيلَ: الصريح أقوىٰ في الوقوع لا في صفة الوقوع، فأما الصفة فاللفظ يقتضي البينونة فهو آكد من اقتران معنًىٰ به مثل البدل وغيره، ولو اقترن به معنًىٰ أوجب البينونة فأن يوجب بصريح اللفظ أولىٰ؛ لأن اللفظ لا يخلو: إما أن لا يَعمل فوجب أن يُبطل، أو يَعمل فوجب أن يوقع ما أوقع إذا كان يملك إيقاعه(١).

علىٰ أنه يجوز أن لا يقع هذا إلا بالنية، وإذا وقع كان أبلغ في التحريم، كما يقول: إن الثلاث لا يقع بصريح الطلاق إلا بالنية، وإذا وقع كان آكد من الواحد(٢).

وأما «اعتدي، واستبرئي رحمك»، فليس في اللفظ ما تُوجب به البينونة، وهو دليل علىٰ معنًىٰ سيق، فوجبت العدة به، وأدنىٰ ما تجب العدة تطليقة، فأُلزم ذلك، وأتت واحدة كناية عن واحدة، وقع فجُعل ذلك الواقع تطليقة لأنه أدنىٰ، وبالله التوفيق(٣).

|٩٠٦| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: أنتِ عليَّ حرام أو بائن، ونوىٰ ثنتين لم تكن إلا واحدة في قول علمائنا، وكذلك سائر الكنايات(٤).

**وقال:** تكون ثنتين كما نوىٰ(٥).

لأنه ليس في الثنتين تحريم زائد علىٰ الواحد، فلو أوقعنا ثنتين أوقعناه من

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٤٩)، والمبسوط (٦/٧٨).
(٢) ينظر: المبسوط (٦/٧٨)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢١٥).
(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٥٢)، والتجريد (١٠/٤٨٥٤).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥١)، والمبسوط (٦/٧٠).
(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٨)، والحاوي الكبير (١٠/١٨٢).

طريق النية، ويستحل إيقاع عدد بنية لا لفظ له، فلم يوقع كما لو نوى الطلاق ولم يتلفظ به.

وأما إذا نوى ثلاثًا فإنه يكون ثلاثًا؛ لأن التحريم على نوعين: مغلظ ومخفف، فالمخفف الذي تحل له قبل زوج، والمغلظ الذي لا تحل له إلا بعد زوج، فأيهما نوى وقع، فنوقع التحريم لا العدد(١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** لو نوى العدد وقع الثلاث(٢).

❁ **قِيلَ:** لأن الثلاث موجِب ذلك التحريم فلا فصل بين أن ينوي ذلك التحريم وبين أن ينوي موجَبه ومقتضاه؛ ولهذا قلنا أن لو قال لامرأته وهي أمة: أنتِ بائن ونوى ثنتين كان كما نوى؛ لأن الثنتين يوجب التحريم المغلظ فيها، فإذا نوى ذلك وقع، ولو طلق امرأته الحرة واحدة ثم قال لها: أنت بائن، ونوى ثلاثين لم يكن إلا واحدة؛ لأن التحريم المغلظ لا يكون إلا بالثلاث، فإذا لم ينو الثلاث لم يكن ناويًا ذلك التحريم فلا يقع(٣).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** العدد الذي يصح ضمه لفظًا إلى لفظ الكناية صحت إرادته بالنية، كالثلاث(٤).

❁ **قِيلَ:** إذا صرح بالثنتين أوقعنا عددًا له لفظ، وإذا نوى ثلاثًا فللتحريم الذي يتضمنه الثلاث لفظ؛ فلذلك أوقعنا، وقد ذكرنا في المسألة الأولى ما يبطل

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥١)، والمبسوط (٦/٧٠).
(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٨)، والحاوي الكبير (١٠/١٨٢).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥١)، والمبسوط (٦/٧٠).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٥٨)، والمهذب (٣/١٢).

هذا المعنى[1]، وبالله التوفيق.

|٩٠٧| **مَسْأَلَةٌ:** ثمانية ألفاظ لا يُصدق الرجل في القضاء أنه لم يرد بها الطلاق إذا كانا في ذكر الطلاق وهي قوله: أنتِ خلية، وبرية، وبتة، وبائن، وحرام، واختاري، وأمرك بيدك، واعتدي، وإن كانا في حال الغضب لم يُصدق في القضاء في ثلاثة منها أنه لم يُرد بها الطلاق، وهي قوله: اختاري، وأمرك بيدك، واعتدي[2].

**وقال الشافعي**: يصدق في الجميع ولا يقع به الطلاق ما لم ينوِ[3].

لأن الجواب يتضمن السؤال، قال الله تعالى: ﴿أَلَسۡتُ بِرَبِّكُمۡۖ قَالُواْ بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] تقديره: بلى أنت ربنا، فصار كأنه أعاد ذكر الطلاق فيقع.

ولأنه لما خاطبها بهذا في ذكر الطلاق وسؤاله، فالظاهر أنه موقع الطلاق، فإذا صرفه عن ظاهره لم يُصدق، كما لو قال: خالعتك على ألف درهم، ولو عري عن ذكر البدل صُدق فيه.

وأما في حال الغضب فإن هذه الألفاظ الثلاثة لا تصلح للسب، وحالة الغضب حالة إيقاع الطلاق في الظاهر فلا يُصدق على إبطال الظاهر[4].

وقوله: خلية، يصلح للسب يُريد به خلية من الخير، ويصلح لإيقاع الطلاق،

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥١)، والمبسوط (٦/٧٠).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٤٥٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٥٦).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٧/١٦٦)، والحاوي الكبير (١٠/١٦)

(٤) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٣٧)، والمبسوط (٦/٨٠).

والحالة حالة سب وحالة إيقاع طلاق ، فلا يُصرف إلى الطلاق إلا بالنية ، وكذلك سائر الألفاظ ما منها إلا وهو يصلح للسب ، فلم يجب صرفه إلى الطلاق بظاهره[1] .

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تكلم باللفظ الذي لم يوضع ظاهره للطلاق فلا يقع إلا بالنية ، والصريح لما لم يختلف حكمه بالحالين ، فكذلك الكناية[2] .

❁ **قِيلَ:** دلالة الحال تصرف حكم اللفظ ، كما لو قامت امرأة لتخرج من البيت ، فقال: إن خرجت فأنت طالق فقعدت ثم خرجت لم يحنث ، ولو قال ابتداءً: إن خرجت من الدار فأنت طالق حنث متىٰ خرجت ، وظاهر الحال أنه طلاق فلا يُصدق علىٰ خلاف الظاهر ، كاللفظ الذي وُضع ظاهره للطلاق إذا قال: نويت به غير الطلاق لم يُصدق ، كذلك هذا[3] ، وبالله التوفيق .

|٩٠٨| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: أنت طالق تطليقة شديدة ، وقعت بائنة[4] .

**وقال:** تقع رجعية[5] .

لأن الكلام يوصف بالشدة ، يقال: قال قولًا شديدًا ، وقولًا لينًا ، فقد وصف الطلاق بما يكون من صفاته ، فاتصف به ، فوقع بتلك الصفة ، وقد زاد علىٰ نعت الرجعي ، فوقع بائنًا[6] .

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/٨٠) ، وبدائع الصنائع (٣/١٠٥).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٨) ، والحاوي الكبير (١٠/١٦٠)

(٣) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٤٠) ، وبدائع الصنائع (٣/١٣)

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٩٦) ، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٣٣).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٨) ، والحاوي الكبير (١٠/١٦٦)

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٩٦) ، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٣٣)

وقوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وارد في صريح الطلاق المتعدي عن صفة زائدة، فلم يتناول مسألتنا[(١)]، وبالله التوفيق.

|٩٠٩| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لامرأته: أنتِ علي حرام، ولا نية له، فهو مولٍ[(٢)].

**وقال:** لا يكون موليًا، ولو نوىٰ تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين عنده[(٣)].

اختلفت الصحابة في هذه المسألة علىٰ خمسة أقوال: فقال أبو بكر[(٤)] وعائشة[(٥)]: هو يمين، وبه قال الأوزاعي[(٦)].

وقال عمر: تطليقة رجعية[(٧)]، وبه قال الزهري[(٨)].

وقال عثمان[(٩)]، وابن عباس[(١٠)]: هو ظهار.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٥٤)، والتجريد (١٠/٤٨٣٣)

(٢) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٩٢)، وتحفة الفقهاء (٢/١٨٢).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٩)، والحاوي الكبير (١٠/١٨٢)

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٥٠٧).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٤٩٨).

(٦) ينظر: الإشراف علىٰ مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/٢٠٠).

(٧) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٩١)، والبيهقي (١٥٠٦٨)، عن حبيب بن أبي ثابت، عن إبراهيم قال: رفع إلىٰ عمر رجل فارق امرأته بتطليقتين، ثم قال: أنت علي حرام قال: «ما كنت لأردها عليه أبدًا».

(٨) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٧١)، عن الزهري قال: «ما نوىٰ، ولا يكون أقل من واحدة».

(٩) ينظر: مسائل حرب الكرماني (٢/٥٣٢).

(١٠) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٨٥)، عن ابن عباس في الحرام قال: «عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينًا».

وقال علي[١]، وزيد بن ثابت[٢]، وأبو هريرة[٣]: هو ثلاث تطليقات، وبه قال ابن أبي ليلىٰ[٤]، ومالك[٥].

وروي عن ابن مسعود أنه قال: هو تطليقة بائنة[٦]، وبه قال حماد بن أبي سليمان[٧].

وروي عن ابن مسعود[٨] أن فيه كفارة يمين، وبه قال الشافعي[٩].

وقد روي عن عمر[١٠]، وابن عمر[١١]، وزيد[١٢]، وابن عباس[١٣]: أن الحرام يمين، ومنع وطء الزوجة بيمين إيلاء.

ويدل علىٰ ما قلنا أيضًا قول الله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلىٰ قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ١-٢]، فجعل التحريم يمينًا.

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٨٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٧٢)، عن الزهري، أن زيد بن ثابت قال: «هي ثلاث».

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (١٥٢٦)، عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: «هي علىٰ ما بقي من الطلاق».

(٤) ينظر: الإشراف علىٰ مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/٢٠٠).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٦).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٦٦)، والبيهقي (١٥٠٦١).

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٤٩١).

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٥٠٧).

(٩) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٧٩)، والحاوي الكبير (١٠/١٨٢).

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٤٩٦).

(١١) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/٤١٥)، وأحكام القرآن للجصاص (٥/٣٦٢).

(١٢) لم أقف عليه عن زيد بن ثابت ولكن روىٰ عن جابر بن زيد؛ أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٤٩٩)، من قال: الحرام يمين وليست بطلاق، والدارقطني (٤٠١٢).

(١٣) أخرجه مسلم (١٤٧٣).

وروي أن النبي ﷺ كان حرم العسل[١]، وروي أنه حرم مارية[٢].

ولأن معنى اليمين الامتناع عن الشيء لحق الله تعالى، وهذا المعنى موجود في التحريم فكان يمينًا، يدل على أنه يمين تعلق كفارة اليمين به.

وما روي أن النبي ﷺ لما حرم مارية وأنزل الله تعالى الآية، أمر كل من حرم على نفسه ما كان حلالًا أن يعتق رقبة، أو يطعم عشرة مساكين، محمول على الحنث[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تحريم الوطء بغير لفظ اليمين لا يتوقف في حكم الكفارة على حصول الوطء كالظهار[٤].

❁ **قُلْنَا:** ليس الواجب بالظهارة كفارة اليمين، والواجب ها هنا كفارة اليمين، فوجب أن يكون الحنث معتبرًا فيه، كما لو قال: والله لا أطؤك[٥].

ولا يجوز قياسهم على الأمة؛ لأن التحريم يمين فيها أيضًا، وتجب الكفارة فيه بالوطء، ويجوز أن يكون إيجابًا في الحال، ويكون يمينًا، كما لو قال: أنا منك مولٍ[٦]، وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٩١٢)، ومسلم (١٤٧٤).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٢٦٤٠)، قال الهيثمي في المجمع (٨٩١٩): «رواه الطبراني، وفيه إسماعيل بن عمرو البجلي، وهو ضعيف، وقد وثقه ابن حبان، والضحاك بن مزاحم لم يسمع من ابن عباس، وبقية رجاله ثقات».

(٣) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٩٧)، والتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٦٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٨٦)، والمهذب (٣/٦٨).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٦٢)، والبناية شرح الهداية (٥/٥٠٤)

(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٥/٢٩)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٠٤).

| ٩١٠ | **مَسْأَلَةٌ:** من حرم ماله أو طعامًا أو شرابًا على نفسه كان يمينًا[١].

**وقال:** لا كفارة فيه[٢].

لما بينا أن قوله ﷻ: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] نزل في تحريم النبي ﷺ العسل على نفسه.

ولأن ما جاز تعلق كفارة اليمين به في الزوجات جاز ذلك في غيره، كقوله: والله لا أكلمه[٣].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** التحريم إلى الله لا إليه، وهو لا يملك تحريم المطعوم مع بقاء الملك، ويملك ذلك من امرأته، فلذلك وجبت الكفارة به في المرأة، ولم تجب في غيره[٤].

❊ **قِيلَ:** إذا حرم امرأته بردة أو إقرار برضاع، لم تلزمه الكفارة، فيظل المعنى الذي اعتبر به، على أنه وإن لم يملك التحريم فقد تكلم بما يوجب الكفارة، وإليه إيجابها، ولا تحرم المرأة بقوله: أنتِ عليَّ حرام، متى نوى تحريمها بغير طلاق، وتتعلق الكفارة به عنده[٥]، وبالله التوفيق.

---

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٠٠)، وبداية المبتدي (ص: ٩٧).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٨٤)، والمهذب (٣/١١٦).
(٣) ينظر: المبسوط (٩/١٦)، وتحفة الفقهاء (٢/٣٠٠).
(٤) ينظر: بحر المذهب (١٠/٦٩)، وكفاية النبيه (١٤/٤٣٢).
(٥) ينظر: المبسوط (٦/٧١)، وتحفة الفقهاء (٢/١٩٨).

| ٩١١ | **مَسْأَلَةٌ:** للمخيرة أن تختار ما دامت في مجلسها[(١)].

**وفي قوله:** تختار بعقب قول الزوج، فإن سكتت بطل خيارها[(٢)].

روي عن عمر[(٣)] وعثمان[(٤)] وابن مسعود[(٥)] وابن عمر[(٦)] وجابر[(٧)] أنهم قالوا: لها الخيار ما دامت في المجلس، ولا يعرف لهم مخالف[(٨)].

ولأنه ملَّكها الرأي والاختيار في اختيارها نفسها أو زوجها، وجواب التمليك بحق العقد يقتصر على المجلس كالقبول في البيع[(٩)].

ولأن هذا معنى طرأ بعد العقد أوجب خيارًا، فلا يكون على الفور، كخيار

---

(١) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/١٨٧)، والتجريد (١٠/٤٨٨٧).

(٢) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٥٤)، والحاوي الكبير (٩/٣٦٠).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١٩٣٨)، وابن أبي شيبة (١٨١١١)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤٧٦١)، وإسناده ضعيف، قال البيهقي: «راويه إسماعيل بن عياش، عن المثنى بن الصباح، والمثنى ضعيف، وإسماعيل غير محتج به». ينظر: معرفة السنن والآثار (١٤٧٦١).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور (١٦٣٦)، وعبد الرزاق (١١٩٢٩)، وابن أبي شيبة (١٨١١٢)، عن عبد الله بن مسعود قال: «إذا جعل الرجل أمر امرأته بيد رجل، فقام قبل أن تقضي في ذلك شيئا فلا أمر لها»، وهو ضعيف لانقطاعه، قال البيهقي: «وأما حديث ابن مسعود فهو منقطع بينه وبين مجاهد، وراويه حجاج بن أرطأة».

(٦) لعل الصواب والله أعلم «ابن عمرو» كما في التجريد (١٠/٤٨٨٧)، وقد أخرجه ابن أبي شيبة (١٨١١٧)، كتاب الطلاق، باب من قال اختاري، وأمرك بيدك سواء، عن عبد الله بن عمرو، في رجل يخير امرأته قال: «لها ما دامت في مجلسها»، وفيه الحجاج بن أرطأة وهو ضعيف.

(٧) أخرجه سعيد بن منصور (١٦٢٦)، وابن أبي شيبة (١٨١١٣)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤٧٦٣)، عن جابر رضي الله عنه، قال: «إذا خير الرجل امرأته، فلم تختر في مجلسها ذلك فلا خيار لها»، وإسناده ضعيف لعنعنة أبي الزبير.

(٨) ينظر: الأصل للشيباني (١٠/١٨٧)، والتجريد (١٠/٤٨٨٧)، والمحيط البرهاني (٣/٤٤).

(٩) ينظر: المبسوط (١٩/١٢٨)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٦).

المعتَقة، ولا يلزم خيار البلوغ؛ لأنه يجب لنقص في العاقد موجود حال العقد(١).

❊ فَإِنْ قِيلَ: لم يخرج كلامه مخرج الجواب فكان ابتداء فلا يقع به شيء، كما لو اختارت بعد المجلس(٢).

❁ قِيلَ: قد يردد الواحد في الواجب ساعة ثم يجيب، ويعده الناس جوابًا، ولو خيرت امرأة العنين كان لها أن تختار ما دامت في المجلس، ويجعل ذلك جوابًا(٣)، وبالله التوفيق.

|٩١٢| مَسْأَلَةٌ: إذا قال لامرأته: اختاري، ونوىٰ به الطلاق الثلاث، فاختارت نفسها لم يكن إلا واحدة(٤).

وقال: يكون ثلاثًا(٥).

لأن القياس أن لا يقع بالاختيار شيء؛ لأنه إخبار عن معتقدها، ولو قال: هويت الطلاق أو أحببته لم يقع شيء، وإنما جُعل فراقًا في الشرع إذا كان جوابًا للتخيير، فما زاد علىٰ الواحد مبقىٰ علىٰ أصل القياس.

ولأنه خيار طوىٰ علىٰ النكاح فلا يقع العدد به، كخيار المعتَقة والعنة والبلوغ(٦).

(١) ينظر: التجريد (٤٣١١/٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٧٥/٤).
(٢) ينظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٢٦)، والحاوي الكبير (٨٥/٩).
(٣) ينظر: الأصل للشيباني (٥٣٨/٤)، وبدائع الصنائع (١١٨/٣).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٥٧٩/٤)، والنتف في الفتاوىٰ للسغدي (٣٦١/١).
(٥) ينظر: الأم للشافعي (٢٧٨/٥)، والحاوي الكبير (١٧٢/١٠).
(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٥٧٩/٤)، والنتف في الفتاوىٰ للسغدي (٣٦١/١).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** هذا لفظ يقع الطلاق به، فإذا نوىٰ به الثلاث كان ثلاثًا، كما لو قال: أمرك بيدك(١).

۞ **قِيلَ**: هذا اللفظ ليس بصريح ولا كناية، ولا يتضمن بينونة، بدليل أنه لو قال: اختاري أو أوقعت خيارك ونوىٰ به الطلاق لم يكن طلاقًا، وإنما جعل لها أن تختار به نفسها علىٰ معنىٰ التشبيه بالخيار الذي يثبت في النكاح(٢)، وهذا المعنىٰ ـ وهو اختيارها نفسها ـ يحصل بواحدة، فلا نوقع العدد به، ولو قال: أوقعت أمرك ونوىٰ به الطلاق كان طلاقًا، فإذا جاز أن يكون كناية عن الطلاق صلح إيقاع الثلاث به(٣)، وبالله التوفيق.

|٩١٣| **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لها: اختاري ينوي به الطلاق فاختارت نفسها طلقت وإن لم تنو المرأة(٤).

**وقال:** لا يقع ما لم تنو هي أيضًا(٥).

لأن الواقع به طلاق، والطلاق يقع من قبل الزوج، فإذا شرط فيه النية كانت نيته شرطًا، لا نيتها، دليله سائر ما يقع الطلاق به، وكما لو قال لها: إن كلمت فأنت طالق أو بائن فكلمت، لا ينوي به طلاقًا وقع(٦).

---

(١) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٤٩)، والحاوي الكبير (١٠/١٧٤)

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٥٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١٠٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٧١)، والعناية شرح الهداية (٤/٩٠).

(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٣٠١)، والتجريد (١٢/٤٨٨١).

(٥) ينظر: البيان للعمراني (١٠/٩٨)، وكفاية النبيه (١٣/٤٥٩).

(٦) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٣٠١)، والتجريد (١٢/٤٩٤٦).

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** قولها: اخترت كناية فكانت النية فيه شرطًا[1].

❁ **قِيلَ**: قد جعلنا نية من يقع من قبله شرطًا، وبالله التوفيق.

| ٩١٤ | **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لها: اختاري ينوي الطلاق فاختارت نفسها وقعت واحدة بائنة[2].

**وقال:** رجعية[3].

لأن قوله: اختاري، أي: اختاريني أو نفسك، فلو بقَّينا حق الرجعة مع اختيارها لم تكن أحق بنفسها، ولم تحصل فائدة التخيير، فوجب أن يقطع الرجعة، وما يقع باختيارها نفسها في العتق والعنة والبلوغ يقع بائنًا، كذلك هذا[4].

وهم يقولون: هذه كناية، فيقع بها رجعي كسائر الكنايات عندهم[5]، وبالله التوفيق.

| ٩١٥ | **مَسْأَلَةٌ:** إذا خير امرأته، أو جعل أمرها بيدها، أو قال: طلقي نفسك إن شئت، لم يكن له الرجوع عنه[6].

---

(١) ينظر: البيان للعمراني (١٠/٩٨)، وكفاية النبيه (١٣/٤٥٩).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٥٢)، والمبسوط (٦/١٣٣).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٤/٨٦)، والوسيط في المذهب (٥/٣٨٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في (٥/٢١)، وتبيين الحقائق (٥/٢٥٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٧٣)، وبحر المذهب (١٠/٥٨).

(٦) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٨٩)، والمبسوط (٦/١٩٧).

**وعلى أحد قوليه**: له ذلك(١).

لأن هذا تمليك جرى فيما إذا وقع لا يفسخ، فلم يكن لموجبه إبطاله قبل تمامه، كخيار المعتقة لا يكون للمولى إبطاله، كذلك هذا.

ولأنه يجوز توقيته وتعليقه بالشرط؛ لأنه لو قال: اختاري اليوم، أو إذا جاء رأس الشهر فاختاري، صح فأشبه اليمين، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يكن له الرجوع عنه، كذلك هذا(٢).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: ملكت الطلاق بتفويض الزوج، فللزوج الرجوع عنه، كما لو وكل أجنبيًّا بطلاقها(٣).

❁ **قِيلَ**: إذا أمر أجنبيًّا فهو توكيل، فله النهي عنه قبل تمامه، وهذا تمليك فأشبه خيار المعتقة، وخيار البلوغ(٤).

وإنما قلنا: للبائع أن يرجع قبل قبول المشتري؛ لأن البيع يفسخ بعد وقوعه، فلموجبه إبطاله قبل تمامه(٥).

❊ **فَإِنْ قِيلَ**: لها أن ترد فله أن يرجع(٦).

❁ **قِيلَ**: قد علق الطلاق باختيارها، فإذا لم تختر لم يوجد الشرط، كما لو

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٨/٥٤٦)، والتدريب في الفقه الشافعي (٣/٣١١).
(٢) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص: ٢١٥)، والأصل للشيباني (٤/٥٠١).
(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/١٢٥)، والحاوي الكبير (٩/٤٨١).
(٤) ينظر: التجريد (٥/٢٢٧٥)، والمبسوط (٦/١٩٧).
(٥) ينظر: التجريد (٥/٢٢٣٣)، والمبسوط (٦/٩٧).
(٦) ينظر: نهاية المطلب (١٤/٨٣)، والشرح الكبير (٨/٥٣١).

قال: إن كلمتِ فلانًا، فلو لم تكلمه لم يقع، ولا يقدر الزوج على إبطاله، وإذا كان المشتري بالخيار فله أن يرد، وليس للبائع أن يبطل[1].

ولا معنى لقولهم: إن هذا هبة الخيار؛ لأنه تعليق وليس بهبة[2]، وبالله التوفيق.

| ٩١٦ | **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال: طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثًا لم يقع شيء عند أبي حنيفة[3].

**وقال:** تقع واحدة[4].

لأن الطلاق يعقد بالأعداد كما يعقد بالشروط، ولو خالفته في الشرط المجعول إليها لا يقع، كذلك إذا خالفته في العدد المجعول إليها وجب أن لا يقع.

ولا يلزم إذا قال: طلقي نفسك ثلاثًا، فطلقت واحدة؛ لأنه جعل إليها أن تطلق نفسها ثلاثًا، والثلاث يكون مجموعًا ومفترقًا؛ لأنها لو قالت: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة وقع الثلاث، فقد أوقعت الواحدة بأمره، فلم تكن مخالفة[5].

ولا يلزم إذا قال: طلقي نفسك ثلاثًا للسنة، فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثًا؛

---

(١) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص: ١٠١)، والأصل للشيباني (٣/٣٣٩).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٢/٤٥٩)، وعيون المسائل للسمرقندي (ص: ٣٥٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٧٩)، والتجريد (٩/٤٧٧٩)

(٤) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩٢)، والحاوي الكبير (١٠/١٧٢).

(٥) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٧٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٩٨).

فإنه يقع في الحال واحدة، وطلاق السنة مؤقت بثلاثة أطهار، فقد جعل إليها أن تطلق واحدة في الحال، فأوقعته بلفظ الثلاث، ووقعت واحدة[(١)].

❁ قِيلَ: خروج جوابها على وفق كلامه فكأنها قالت: طلقت نفسي ثلاثًا للسنة، فتكون موقعة في الحال واحدة كما أمر، ومعلقة الثانية والثالثة فلا يقع الثاني والثالث؛ لأنه جعل إليها الإيقاع لا التعليق[(٢)].

❁ فَإِنْ قِيلَ: في الثلاث واحدة، فقد أوقع تلك الواحدة وزاد، فما كان بأمره وقع، وما كان بغير أمره لم يقع، كما لو قال لها: طلقي نفسك، فطلقت نفسها وضرتها، ولو طلق امرأته ثنتين ثم قال لها: أنت طالق ثلاثًا، وقعت واحدة، ولو طلق أربعًا وقع الثلاث[(٣)].

❁ قِيلَ: الزوج يتصرف بالملك، ويملك الإيقاع بالمعنى، فمخالفته الأمر لا يمنع وقوعه، فإنه مأمور من قبل الله تعالى بطلاق السنة، ولو طلق لغير السنة وقع، وهذه تتصرف بالأمر، فينبغي أن تتصرف على حسب ما أمرت به، والثلاث لا يعبر بها عن الواحد؛ إذ النصراني الذي يقول: ثالث ثلاثة، لا يكون موحدًا[(٤)].

فإذا اشتغلت باللفظ الذي لا يكون عبارة عما جُعل إليها صارت معرضة عما جُعل إليها، ففات الأمر من يدها[(٥)]، وأما إذا طلقت نفسها وضرتها فقد فعلت ما أمرت به وعطفت عليه غيره، فبطل العطف، فوزانه: أن لو طلقت نفسها

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٨٠)، وبحر المذهب (١٠/٦٥).
(٢) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص: ١٩٠)، والأصل للشيباني (٤/٥٩٦).
(٣) ينظر: أسنى المطالب (٣/٣١٧)، وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢/١٠١).
(٤) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥١١)، و(٤/٤٢٩)، والهداية في شرح بداية المبتدي (١/٢٢٧).
(٥) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٧٨)، والتجريد (٩/٤٧٧٩).

واحدة وواحدة[1]، وبالله التوفيق.

| ٩١٧ | **مَسْأَلَةٌ:** إذا قال لامرأته: أنت طالق كيف شئت وقعت تطليقة رجعية وإن لم تشأ، والمشيئة في الصفة إليها في قول أبي حنيفة[2].

**وقال:** لا يقع حتى تشاء[3].

لأن «كيف» استيصاف وسؤال عن الحال، بدليل أنك تلقى الرجل الواحد فتقول: كيف أنت؟ فيكون سؤالًا عن حاله، لا عن عينه؛ لأنك ترى الشخص، وقال بعضهم:

يقول خليلي كيف صبرك بعدنا؟ ❊ فقلت: وهل صبر فيسأل عن كيف[4]؟

فقد جعل الخيار في الصفة إليها، فخرج الموصوف عن التخيير فوقع.

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** تعليق الطلاق بالمشيئة يمنع وقوعها مع عدم المشيئة، كما لو قال: إن شئت[5].

❊ **قِيلَ:** علق صفة الطلاق بالمشيئة، لا الطلاق.

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/١٩٨)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٢٧).

(٢) ينظر: الأصل للشيباني (٤/٥٨٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١٠٧).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٨٤)، والحاوي الكبير (١٠/٤٠).

(٤) قال أبو القاسم الزجاجي في أماليه (١/٢٢): (أنشدنا أبو الفضل ذيمل قال: أنشدني أبو بكر داود الأصبهاني... فذكره).

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٨/١٨)، والحاوي الكبير (١٠/٤٠).

※ **فَإِنْ قِيلَ:** الصفة لا تنفك عن الموصوف، فالتخيير في الصفة تخيير في الموصوف[1].

۞ **قِيلَ:** صفة الطلاق تختلف، ولو أوقع الطلاق ثم خيرها في الصفة ثبت الخيار لها في الصفة وحدها، فتجعلها بائنًا إن شاءت، فكذلك يجوز أن يثبت لها الخيار في الصفة وحدها ابتداءً[2]، وبالله التوفيق.

|٩١٨| **مَسْأَلَةٌ:** الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء[3].

**وقال:** يحرم[4].

لأن الله تعالى قال: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، وهذه من نسائه؛ إذ لو قال: نساؤه طوالق طلقت هذه، فله أن يأتيها.

ولأن هذا قول من الزوج لا يزيل الملك، ويعقب مدة جعل له استدراك الملك فيها، فلا يحرم الوطء به، كالإيلاء.

ولا يلزم الحربية إذا أسلمت، فإن المدة تجب بقولها.

ولأن هذا لفظ طلاق لا يزيل الملك فلا يوقع التحريم كالمعلق بالشرط[5].

ولأن خصائص الزوجية باقية؛ إذ يصح ظهاره وإيلاؤه، ويجري التوارث

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٤٥)، والغرر البهية (٤/٢٧٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٢١٧)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٩).

(٣) ينظر: التجريد (١٠/٤٩٩٨)، والمبسوط (٦/١٩).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (١٤/٣٤١)، وبحر المذهب (١٠/١٤٤).

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة (٢/٢٣)، والبحر الرائق (٤/٢١٥).

بينهما، ويلحق النسب به، ولو وقع التحريم لم يقدر الزوج علىٰ رفعه من غير رضاها، ولم يلحقها الطلاق بلفظ التحريم والبينونة، ولم يصح الخلع وأخذ العوض عليه[1].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** يجوز إيقاع صريح الطلاق بعد البائن، ولا يدل علىٰ بقاء الزوجية[2].

❁ **قِيلَ:** الطلاق ليس من خصائص الملك وهو لقطع النكاح أو علائقه، وقد بقيت العلائق فجاز قطعها بالطلاق[3].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** معتدة منه فلا يجوز وطئها بسبب النكاح كالمختلعة والمطلقة قبل الدخول[4].

❁ **قِيلَ:** حرمت في هذه المواضع لزوال الملك، وقد بقي الملك في الرجعية، ولم يمنع من السفر بها للتحريم، بل لكونها ممنوعة من الخروج في العدة، ألا ترىٰ أن الأمة لما لم تمنع من الخروج في العدة لم يمنع الزوج من السفر بها إذا كان الطلاق رجعيًّا؟ وإنما احتُسب بالعدة؛ لوقوعها بعد وجود الموجِب لها وهو الطلاق لا لوقوعها بعد حصول التحريم[5].

❊ **فَإِنْ قِيلَ:** العدة لاستبراء الرحم، فلا يكون مسلَّطًا علىٰ شغل الرحم فيها[6].

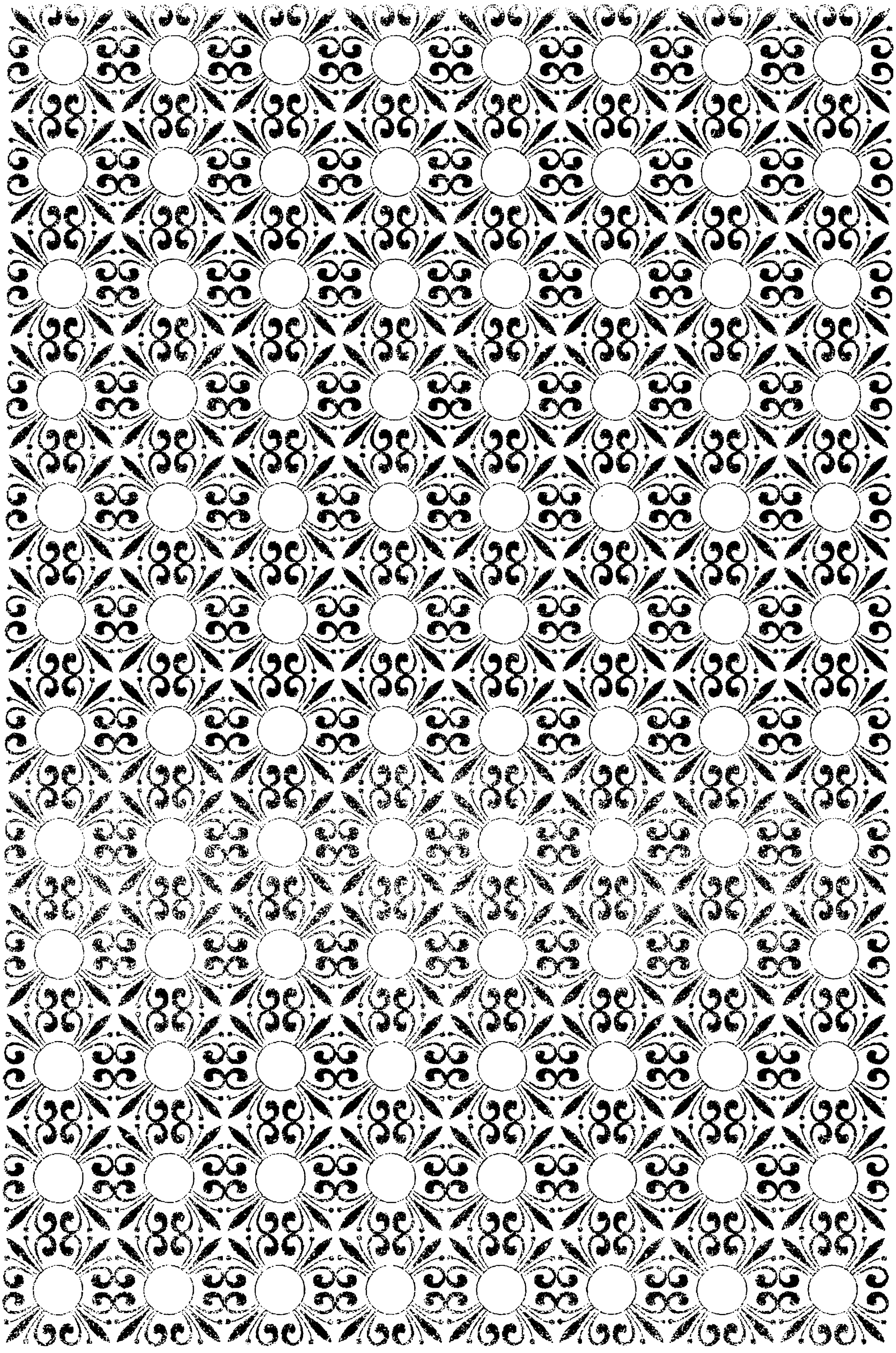
---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٧)، والتجريد (٩/٤٧٥٦).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٤٧)، والمهذب (٣/٦٥).
(٣) ينظر: المبسوط (٦/٩٣)، والمحيط البرهاني (٩/٢٧٤).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٧)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٢٠٢).
(٥) ينظر: المبسوط (٦/٣٣)، والمحيط البرهاني (٣/٤٦٨).
(٦) ينظر: الأم للشافعي (٥/٢٣٢)، والحاوي الكبير (١٠/١٤٨).

❁ قِيلَ: براءة الرحم تعرف بحيضة، وأُوجب ثلاث حيض فدل على أنها لم توجب للاستبراء، على أنه إذا كان يملك رفع العدة أصلًا جاز أن يكون مسلطًا على الشغل الذي يضاد الاستبراء، وعندنا بأول المباشرة ترتفع العدة، فلا يحصل شغل الرحم فيها[1]، وبالله التوفيق.

❁ ❁ ❁

(١) الاستبراء يثبت بحيضة واحدة، والعدة ثلاثة أقراء، وهي أقوى في براءة الرحم. ينظر: الأصل للشيباني (٥/٢٤٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٣/١٤١).



# فهرس الموضوعات

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

رقم المسألة | الموضوع | الصَّفحة

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

| رقم المسألة | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

## ۞ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد.

(٢) إيجاد الحِلَق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية.

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه، ولو كان ناقصاً؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها.

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (**أسفار**): (منتج المتون التعليمية)؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية. والثاني: مصادر مرجعية.

## ۞ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s.faar16@gmai.com @sfaar16

# قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ ـ **عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل**، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر. سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٢ ـ **المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح**، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٣ ـ **شرح القصيدة التائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية**، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة التائية، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٤ ـ **رسالتان في مسألة القولين** (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

**أ ـ نصرة القولين للإمام الشافعي**، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبد المحسن الخلف (بحث محكم).

**ب ـ حقيقة القولين**، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٥ ـ **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العَمري، إِمْهَا حسن آية الله، يونس الوالدي، أحمد عبد الرحمن حِيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٦ ـ **الحواشي السابغات على أخصر المختصرات**، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٧ ـ **بلغة الوصول إلى علم الأصول**، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان. سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٨ ـ **تحصين المآخذ**، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٩ ـ **النكت في المختلف** (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١٠ ـ **المسائل المولدات** (المشهور بفروع ابن الحداد)، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت٣٤٤)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١١ ـ **حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح**، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤)، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد، د. حسين بن حميد، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٢ ـ **البدرانية شرح المنظومة الفارضية، ويليه: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرفي**، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦)، تحقيق: سامح جابر الحداد، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٣ ـ **الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)**، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢)، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٤ ـ **المنتخب من المحصول**، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٥ ـ **غرر المحصول**، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُرْزي (ت ٦٥٧)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٦ ـ **فصل: المقال في هدايا العمال**، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٧ ـ **الأوسط في أصول الفقه**، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٨ ـ **بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩)، ويليه: تكملته لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢)، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس، كريم فؤاد محمد اللَّمْعي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٩ ـ **مسائل الخلاف**، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصَّيمري الحنفي (ت ٤٣٦)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢٠ ـ **تنقيح الفصول في علم الأصول**، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢١ ـ **المحصول في علم الأصول** (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء)، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيّات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٢ ـ **عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار**، تأليف: ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧)، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٣ ـ **مختصر كتاب المحصول في علم الأصول**، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي الشافعي (ت ٦٧١)، ويليه: **غاية السول في علم الأصول**، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤)، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٤ ـ **عيار النظر في علم الجدل**، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩)، تحقيق: أحمد عروبي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٥ ـ **الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه ـ الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض والترجيح ـ دراسة استقرائية تحليلية**، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعها). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٦ ـ **شرح المنتخَب من المحصول**، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٧ ـ **المفهم لصحيح مسلم**، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩)، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٨ ـ **التوضيح في شرح التنقيح (شرح تنقيح فصول القرافي)**، تأليف: حلولو المالكي، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمدي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٩ ـ **الإبرازات المتعددة للكتاب، دراسة في مفهوم الإبراز، وتعدده، وتأسيسٌ لمنهج الحُكم على الكتاب بتعدُّد الإبراز، وطريقة تحقيقه**، تأليف: أ. د. حاتم باي، سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٣٠ ـ **مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)** [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق]، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣١ ـ **مختصر الترمذي**، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٢ ـ **الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه)**، تأليف: ابن اللحام الحنبلي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٣ ـ **إيضاح المشكل من أحكام الخنثىٰ المشكل**، تأليف: جمال الدين الإسنوي (ت ٧٧٢)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٤ ـ **الكفيل بالوصول إلىٰ ثمرات الأصول (مختصر برهان الجويني)**، تأليف: ابن المُنَيِّر المالكي (ت ٦٨٣)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٥ ـ **الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة**، تأليف: أبي المظفر السمعاني (ت ٤٨٩)، تحقيق: أ. د. نايف بن نافع العَمري، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٦ ـ **نهاية الإقدام في مآخذ الأحكام**، تأليف: القاضي شهاب الدين الزنجاني (ت ٦٥٦)، تحقيق: حمود بن عبد الله المسعر، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٧ ـ **الطريق السالم إلىٰ الله**، تأليف: أبي نصر عبد السيد بن محمد البغدادي، المعروف بابن الصباغ (ت ٤٧٧)، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٣٨ ـ **الغاية في شرح الهداية**، تأليف: شمس الدين السروجي الحنفي (ت ٧١٤)، أربع عشرة رسالة دكتوراه، ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٣٩ ـ **تعليقة في أصول الفقه**، تأليف: عماد الدين الطبري المعروف بـ(إلكيا الهراسي) (ت ٥٠٤)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف، والمثنىٰ بن عبد العزيز الجرباء، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٤٠ ـ **شرح صحيح البخاري**، تأليف: قِوام السنَّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥)، تحقيق: د. عبد الرحيم بن محمد العزاوي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤١ ـ **التحرير في شرح مسلم**، تأليف: قِوام السنَّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥)، تحقيق: إبراهيم آيت باخة، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤٢ ـ **مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)** ط. الموسّعة ذات الحواشي. تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٣ ـ **شرح مختصر الكرخي**، تأليف: أبي الحسن القُدُوري (ت ٤٢٨)، تحقيق: أ. د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٤ ـ **النكت على كتاب البرهان**، تأليف: أبي العزِّ تقي الدين المقترح (ت ٦١٢)، تحقيق: د. علي بن عبد الرحمن بسام، راجعه: إبراهيم بن صالح الخزّي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٥ ـ **نظم الوجيز**، تأليف: أبي الفتح نصر الله التستري البغدادي الحنبلي (ت ٨١٢)، تحقيق: طارق بن سعيد آل عبد الحميد الدوسري، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٦ ـ **مجموعة التصحيح السبكي**، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١)، ويتضمن ثلاثة مصنفات؛ **توشيح التصحيح**، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكريم اللمعي. **تصحيح ترجيح الخلاف**، تحقيق: محمد بن أحمد آل رحَاب. **ترشيح التوشيح وتوضيح الترجيح**، تحقيق: د. حسن أبو ستَّة وعبد الصمد البلوشي، بإشراف ومراجعة: حذيفة بن فهد كعك، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٧ ـ **شرح المقترَح في المصطلح**، تأليف: تقي الدين المقترح الشافعي (ت ٦١٢)، تحقيق: أحمد محمد عرُّوبي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٨ ـ **نهاية السول في دِراية المحصول**، تأليف: القاضي المفضَّل بن سلطان الحموي، المعروف بابن حاذور (ت ٦٦٠)، تحقيق: د. محمد بن عبد الله العثمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٩ ـ **المسكت**، تأليف: الزبير بن أحمد الزبيري (٣١٧هـ)، تحقيق: عبد الله الثلاج. الأقسام والخصال، تأليف: أحمد بن عمر الخفاف (٣٦٢هـ)، تحقيق: حذيفة كعك. شرائط الأحكام، تأليف: عبد الله بن عبدان الهمذاني (٤٣٣هـ)، تحقيق: عبد الصمد النذير، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٠ ـ **جزء من التقريب والإرشاد**، تأليف: أبي بكر الباقلاني (ت٤٠٣هـ)، تحقيق: عدنان العبيات، تاريخ النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥١ ـ **أصول السرخسي (المسمى: تمهيد الفصول في الأصول)**، تأليف: شمس الدين

السرخسي (ت٤٨٨هـ)، تحقيق: د. عبد الله السيِّد، د. رائد العصيمي، د. عسكر بن طعيمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٢ ـ **غاية الأمل في شرح الجمل**، تأليف: عبد العزيز بن إبراهيم؛ الشهير بابن بزيزة المالكي (ت٦٦٢هـ)، تحقيق: إبراهيم بلفقيه اليوسفي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٣ ـ **كفاية اللبيب في شرح التهذيب**؛ تأليف: شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: د. وديع أكونين، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٤ ـ **تقرير الحكم الشرعي في تنفيذ الطلاق البدعي**، تأليف: صلاح الدين العلائي (٧٦١هـ)، ملحقٌ به: فصلٌ في عدم وقوع طلاق الحائض، تأليف: شيخ الإسلام ابن تيمية (٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد القادر محمد السيقي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٥ ـ **شرح التفريع**، تأليف: شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: د. خالد اللوزي، وإبراهيم باخة، سنة النشر: ١٤٤٤هـ، ٢٠٢٢م.

٥٦ ـ **المعراج إلىٰ مسائل المنهاج**، تأليف: شمس الدين الموصلي (٧٧٤هـ)، تحقيق: د. أحمد عبدالعال، وعبدالرحمن نور الدين، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٢م.

٥٧ ـ **الاستشفا من كتاب الشفا**، تأليف: أبي بكر بن العربي المعافري (٥٤٣هـ)، تحقيق: د. عبدالله التوراتي، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٢م.

٥٨ ـ **عارضة الأحوذي علىٰ كتاب الترمذي**، تأليف: أبي بكر بن العربي المعافري (٥٤٣هـ)، تحقيق: حذيفة كعك، د. رضوان علواش، محمد بن علي قاسم، د. عبدالمعطي البكور، مراجعة وإشراف: د. حسام الدين حمدان، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٢م.

٥٩ ـ **التَّعليقة عن أبي حامد الإسفراييني**، تأليف: القاضي أبي علي البندنيجي (٤٢٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكريم اللمعي، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٣م.